

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT
ANNÉE 1918-1919

LA
JURIDICTION DES RÉFÉRÉS

DANS LE
CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

THÈSE

Soutenue le 7 Juin 1919, devant la Faculté de Droit de Paris
pour le Doctorat ès-sciences politiques et économiques

PAR

M. Edmond JAMPY

ÉCONOME DE L'HÔPITAL NECKER A PARIS

MEMBRES DU JURY	{	MM. BERTHÉLEMY, <i>Président.</i>	}	<i>Assesseurs</i>
		JÉZE		
		BASDEVANT		

TOULOUSE
IMPRIMERIE SAINT-CYPRIEN
27, Allées Charles-de-Fitte, 27

—
1919

La Juridiction des Référés

DANS LE

Contentieux Administratif



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552830_0054

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

ANNÉE 1918-1919

LA
JURIDICTION DES RÉFÉRÉS

DANS LE
CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

THÈSE

Soutenue le 7 Juin 1919, devant la Faculté de Droit de Paris
pour le Doctorat ès-sciences politiques et économiques

PAR

M. Edmond JAMPY

ÉCONOME DE L'HÔPITAL NECKER A PARIS



MEMBRES DU JURY

MM. BERTHÉLEMY, *Président.*

JÉZE

BASDEVANT

Assesseurs

TOULOUSE
IMPRIMERIE SAINT-CYPRIEN

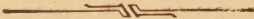
27, Allées Charles-de-Fitte, 27

—
1919

UNIVERSITÉ DE PARIS



FACULTÉ DE DROIT



THÈSES DE DOCTORAT



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



INTRODUCTION

L'utilité de la procédure des référés n'est plus à démontrer. Alors que normalement il est si long et si coûteux d'obtenir une décision judiciaire, les plaideurs ont, par le moyen du référé, la possibilité de recourir au juge pour faire statuer sur le champ, « dans tous les cas d'urgence ou lorsqu'il s'agira de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement » (art. 806 du Code de procédure civile). Ici pas d'avocat; pas d'avoué; aucun frais : les parties se présentent elles-mêmes et, le plus souvent, la contestation se termine là. Aussi cette juridiction a-t-elle acquis une importance sans cesse croissante.

Elle est exercée, soit par le Président du Tribunal seul, qui rend une « ordonnance de référé », soit par le Tribunal civil tout entier (sur renvoi par le Président) qui rend un « jugement de référé ». Dans les deux cas, d'ailleurs, la décision n'est que provisoire et ne doit pas juger le fond de droit : « ne faire aucun préjudice au principal » dit l'article 809.

Des ordonnances sur référés nous devons rapprocher, pour la clarté des développements suivants, une procédure encore plus rapide : celle des ordonnances sur requête. Alors que les premières ne peuvent être rendues qu'après mise en cause régulière des parties adverses en vue d'un débat contradic-

toire, celles-ci sont des ordres ou autorisations du Président du Tribunal émis, à la suite d'une simple requête, hors de la présence de l'adversaire, en vue d'obtenir l'accomplissement de certaines mesures conservatoires urgentes.

Ce sont là deux procédures très simples mises à la disposition des plaideurs et qui permettent à ceux-ci de faire résoudre par un juge les petites questions litigieuses qui accompagnent en général les procès. Ces questions, malgré leur importance secondaire, sont le plus souvent irritantes car l'amour propre y est encore plus engagé que l'intérêt : si elles se présentent au début du procès, les plaideurs, pleins de passion combative, se heurtent comme des ennemis qui se trouvent pour la première fois face à face : si c'est au contraire à propos des mesures d'exécution prises contre un débiteur, celui-ci qui n'a plus à espérer en des moyens dilatoires de procédure et qui se voit forcé dans ses derniers retranchements, obligé de payer, cherche à soulever un incident de la dernière heure qui retarde encore un peu l'échéance inévitable.

Dans la plupart des cas il n'y a pas de question juridique à trancher, il n'y pas à dire le droit, mais à prendre des mesures qui ont le caractère de simples actes d'administration. On pourrait concevoir qu'elles ne soient pas décidées par un juge. Et pourtant, là autant que pour le jugement sur le fond du procès, les plaideurs demandent l'intervention d'une autorité donnant toutes garanties de sagesse, d'impartialité ; ils ne veulent s'incliner que devant la décision d'un juge.

La situation est-elle la même dans le contentieux administratif ? Jusqu'à une époque relativement récente il n'y avait pas de véritables procès administratifs pas plus qu'il n'y avait de véritables tribunaux administratifs. L'administration était considérée comme irresponsable des conséquences du fonctionnement des services publics : elle consentait seulement à faire examiner par des Conseils administratifs les réclamations des administrés et à accorder des indemnités.

Les plaideurs n'ayant aucune garantie quant à l'impartialité du jugement sur la question de fond, pour laquelle ils n'avaient d'ailleurs aucun droit à faire valoir, pouvaient encore moins songer à demander des garanties quant aux questions provisoires à trancher d'urgence : il était logique que celles-ci fussent réglées par l'administration elle-même. Mais lorsque, à la fin du second Empire, les Conseils administratifs chargés de donner leur avis sur les réclamations commencèrent à acquérir le caractère de véritables tribunaux, la procédure à suivre désormais pour les mesures provisoires intéressa l'opinion au même titre que la procédure normale.

Nous verrons que cette procédure fut réglée en 1889 en ce qui concerne les constats d'états de lieux et qu'à cette époque on ne pouvait souhaiter autre chose que ce qui fut fait. Seulement, depuis 1889 la formule est restée la même : c'est toujours l'administration qui, en cas de litige, continue à prendre toutes les autres mesures provisoires urgentes. Et pourtant que de changements depuis cette époque. Le principe de l'irresponsabilité de la

Puissance publique a été abandonné par la jurisprudence, les tribunaux administratifs offrent en fait, sinon en droit, toutes garanties d'impartialité, l'administration se présente devant eux comme un plaideur ordinaire; en un mot les procès administratifs ressemblent de plus en plus aux procès civils.

Dès lors ce qui était encore acceptable en 1889 pour le règlement des difficultés urgentes ne l'est plus maintenant. Le particulier qui plaide devant les tribunaux administratifs n'admet plus que ce soit son adversaire, cet adversaire fût-il l'administration, qui règle à lui seul les questions soumises en droit commun au juge des référés. Le juge administratif a sa confiance, il l'a méritée par sa jurisprudence très libérale : il faut donc lui donner tous les pouvoirs de juridiction qui font partie des attributions ordinaires du juge.

Si, à la vérité, certains obstacles semblent s'opposer à ce qu'on lui donne compétence pour juger en référé, nous verrons au cours de cette étude qu'ils sont loin d'être insurmontables. Le Conseil d'Etat est arrivé, par le seul effort continu de sa jurisprudence, à faire des réformes bien plus graves et plus profondes dans le droit administratif que celle que nous préconisons. Si on ne peut réaliser celle-ci par le même moyen, une loi étant nécessaire pour modifier l'organisation et les attributions des Tribunaux administratifs, du moins sommes-nous persuadés que le jour où il sera nécessaire d'accomplir la réforme, tout le monde, l'administration comme les administrés, sera préparé à l'accepter et disposé à y trouver avantage.

PREMIÈRE PARTIE

Œuvre de la loi et de la jurisprudence en matière de procédure administrative d'urgence

CHAPITRE PREMIER

Avant 1870

Jusqu'en 1889 la juridiction des référés n'était exercée que par le Président du Tribunal. Il en résultait que la procédure des référés qui, à cause de ses nombreux avantages, devrait être largement étendue à tous les litiges quels qu'ils soient, ne pouvait être employée que dans les procès civils, c'est-à-dire ceux qui sont portés devant les tribunaux judiciaires. Dans les procès administratifs elle ne pouvait être usitée puisqu'aucun juge administratif n'était investi de ce pouvoir et que, d'autre part, le principe de la séparation des pouvoirs s'oppose à ce

qu'un magistrat de l'ordre civil intervienne en quoi que ce soit dans les mesures préliminaires d'un procès qui doit être jugé au fond par la juridiction administrative.

Les lois et règlements contenaient-ils des dispositions pour organiser des procédures suffisamment rapides dans des cas urgents? Les textes sont les suivants :

1° En matières de travaux communaux, la loi du 16 septembre 1807, dans son article 56, prévoit que le maire ou un concessionnaire peut désigner un expert pour faire les constatations nécessaires, mais seulement après le commencement des travaux.

2° Contraintes de contributions directes, article 67 du règlement du 21 décembre 1839. La personne qui est l'objet d'une saisie-exécution peut se pourvoir en cas de difficultés devant le sous-préfet.

3° Contraventions de grande voirie. La loi du 29 floréal an X, article 3, prescrit d'adresser les procès-verbaux au sous-préfet, qui doit ordonner par provision et sauf recours au préfet ce que de droit peut faire cesser le dommage.

4° Mines, loi du 21 avril 1810, article 50 (modifié par la loi du 27 juillet 1880). Le préfet est compétent pour pourvoir aux dangers que l'exploitation des mines peut faire courir à la sûreté publique.

5° Loi du 27 décembre 1857 sur les télégraphes : l'administration pourra prendre immédiatement toutes les mesures provisoires pour faire cesser les dommages résultant des crimes, délits et contraven-

tions, le tout ainsi qu'il est procédé en matière de grande voirie.

Aucun de ces textes n'organisait une procédure pouvant s'appliquer dans tous les cas d'urgence : ils ne visaient que des cas particuliers.

Cette lacune était fâcheuse : lorsque les grands travaux publics entrepris dans la première moitié du dix-neuvième siècle intensifièrent l'action de l'administration et multiplièrent les procès administratifs, il en résulta un malaise qui se traduisit dans la doctrine par de vives controverses sur les moyens de remédier à cet état de choses.

Nombreux et variés sont, en effet, les cas où il eut été précieux d'avoir recours au juge des référés. Pour en donner un aperçu citons-en quelques exemples.

— Dans tous les cas où les parties subissent un dommage momentané ou rencontrent une difficulté passagère.

— Toutes les fois qu'il est indispensable de faire constater un fait matériel ou un état de lieux.

— Constater une exécution ou une inexécution, des difficultés accidentelles, des imprévisions, la nature d'un déblai, l'état d'une carrière et son importance, la difficulté d'un terrassement, l'état d'avancement d'un travail spécial et destiné à disparaître par l'achèvement des travaux.

— Constater l'opposition d'un propriétaire à l'exécution de travaux publics sur son immeuble, etc., etc.

Puisqu'aucun juge administratif n'avait compétence pour ordonner ces mesures urgentes, des

auteurs, et pendant longtemps la jurisprudence, admirent que le juge civil des référés était compétent pour en connaître. On faisait ressortir qu'aucun trouble n'était par là apporté aux opérations administratives, que l'article 806 du Code de Procédure a une portée générale, qu'il y avait tout avantage à n'avoir qu'une seule juridiction pour tous les cas urgents, puisqu'aussi bien le Tribunal Civil est plus près des administrés que le Conseil de Préfecture.

Quelques auteurs allaient même plus loin et prétendaient qu'il était compétent pour prescrire des mesures conservatoires même si elles interrompent l'exécution d'actes administratifs. Mais ils n'étaient pas suivis par la jurisprudence et généralement on ne réclamait pour le juge civil que le droit d'ordonner le constat d'un état de lieux appelé à disparaître, en vue à un procès à porter au fond devant le juge administratif.

Même réduit à cette prétention, ce système fut jugé inadmissible par les auteurs de Droit administratif à cause de la séparation des pouvoirs, et repoussé généralement par la jurisprudence : seule l'autorité administrative avait compétence pour prendre les mesures nécessaires. De son côté, la Cour de Cassation a toujours condamné cette théorie et décidé que l'incompétence du Président du Tribunal statuant en référé à l'égard des actes de l'administration était la même que l'incompétence du Tribunal tout entier (1).

(1) Cass. 13 juillet 1871. — D. 71, 1, 83. — Cass. 1^{er} décembre 1880. — D. 1881, 4, 5.

Si l'on se retournait alors du côté de l'administration, trouvait-on un juge ayant qualité pour prendre des décisions de référé?

Devant le Conseil d'Etat, sans nul doute, le référé n'est pas admis. On a cru un moment que le Conseil d'Etat avait jugé le contraire (C. E. 28 juillet 1820. — Ternaux et Lemaître), mais cet arrêt avait été mal interprété. Ni le Président du Conseil d'Etat, ni le Président de la Section du Contentieux n'ont ce droit.

Même absence de recours, devant le Conseil de Préfecture. La question a été soulevée à l'occasion d'une décision rendue sur référé par le doyen du Conseil de Préfecture de la Seine pour faire cesser des travaux confortatifs entrepris dans une maison sujette à retranchement. Cette décision a été annulée par le Conseil d'Etat (C. E. 12 avril 1838. — Fessin et Bresson). « Considérant qu'aucune disposition de loi ni de règlement n'autorise le doyen des Conseillers de Préfecture à rendre des décisions en état de référé et qu'il y a lieu d'annuler celle du 27 novembre 1833 dans l'intérêt de la loi (1). »

Il n'est pas douteux, en effet, que l'article 306 ne pourrait s'appliquer devant les Conseils de Préfecture qu'en vertu d'une loi. Seule une loi peut décider que le pouvoir accordé à un tribunal puisse être exercé par son président seul, statuant en référé, et cette délégation ne peut être étendue par analogie d'une juridiction à une autre.

(1) Dans le même sens : Conflits, 22 janvier 1867. — C. E. Bompis, 21 juillet 1858, Cassation 13 juillet 1871 et 17 décembre 1884 et l'unanimité des auteurs.

Dès lors, aucun juge administratif n'étant compétent, les auteurs estimaient qu'il appartenait au Préfet, en tant qu'administrateur et non en tant que Président du Conseil de Préfecture, de prendre les mesures nécessaires, puisqu'il est, d'ailleurs, compétent pour prendre toutes les mesures provisoires intéressant l'ordre et la sûreté publics. « Le Préfet, disait Chauveau, est le vrai juge du référé pour les affaires de la compétence des Tribunaux administratifs inférieurs. » (Code d'Instruction administrative, numéro 876.) Le même pouvoir était reconnu au Ministre; et à ce moment-là c'était logique puisque le Ministre était considéré comme le tribunal du premier degré en matière administrative ».

Ce pouvoir accordé au Préfet en qualité d'administrateur était d'ailleurs très critiqué. Bertin remarquait que dans la pratique il y aurait des obstacles dans l'application de ce système : « Ainsi, disait-il, lorsque le Préfet aura ordonné certains travaux en tant qu'administrateur et qu'un tiers demandera qu'il soit désigné un expert pour déterminer le préjudice résultant pour lui de l'exécution de ces travaux, qui devra-t-il citer devant le Préfet? Le Préfet lui-même, qui dès lors tenant seul l'audience des référés sera juge et partie dans sa propre cause. »

Ce n'était pas le seul inconvénient : La décision du Préfet était sans recours puisqu'il statuait par la voie gracieuse et rien d'ailleurs n'obligeait le Préfet à répondre à la demande de constat, tout pouvant se passer par écrit. Le juge civil des référés, au contraire, est obligé d'entendre les parties et ne peut

donc s'abstenir de statuer. D'autre part, le Préfet n'avait compétence que pour les dommages provenant du fait de l'Etat ou du département. Il ne l'avait pas s'il agissait de la commune, d'un concessionnaire ou d'un entrepreneur (article 56 de la loi du 16 septembre 1807) : c'était alors le Maire ou le concessionnaire qui avait le droit de désigner son expert et s'il refusait de le faire, le particulier ne pouvait que saisir le Conseil de Préfecture, dans la procédure ordinaire avec toutes les lenteurs qu'elle comporte.

Malgré ses inconvénients ce fut cependant ce système qui semble avoir été adopté par le Conseil d'Etat dans deux arrêts identiques (22 janvier 1867, Pajot. — 18 novembre 1869, Mohamed ben Cheikh) : ces arrêts admettaient en effet que dans le cas où le Conseil de Préfecture n'était pas encore saisi, les parties pouvaient s'adresser au Préfet pour faire procéder aux constatations urgentes.

Mais M. Laferrière a nié que le Conseil d'Etat ait voulu par là décider que le Préfet était le véritable juge des référés en matière administrative. Dans l'arrêt de 1869 rendu sur le Conflit élevé contre une ordonnance de référé d'un Président du Tribunal prescrivant une expertise en matière de travaux publics, le Conseil d'Etat avait décidé que ce magistrat était incompétent, conformément au principe de la séparation des pouvoirs. Et, incidemment, il avait ajouté, dans une disposition étrangère au jugement de Conflit, que les parties conservaient la ressource de demander au Préfet de faire faire les constatations nécessaires par des experts.

On ne peut donc pas, de cette simple indication,

déduire que le Conseil d'Etat a reconnu au Préfet un pouvoir de juridiction quant aux référés. Le Conseil d'Etat n'était d'ailleurs pas qualifié pour régler cette question de principe, car il faut une loi pour organiser une juridiction.

CHAPITRE II

De 1870 à 1889

Ce système était trop imparfait pour pouvoir durer. Ne donner le pouvoir d'ordonner les constats qu'au Préfet, en tant qu'administrateur, et non en qualité de Président du Conseil de Préfecture, c'était aller à l'encontre du sens de l'évolution générale du contentieux administratif.

Aussi n'eut-on pas longtemps à attendre une solution plus conforme à l'esprit nouveau qui se manifestait dans l'ordre administratif comme dans l'ordre politique.

Le 26 décembre 1873, le Conseil d'Etat rendit un arrêt où il reconnaissait au Conseil de Préfecture (mais non au Président de ce Conseil), le droit de prescrire des constats d'urgence (C. E., 26 décembre 1873, ville d'Alger) (1).

Comment peut-on expliquer ce brusque revire-

(1) Dans le même sens, notamment : C. E., 2 mai 1884, Maquenne, et 11 juin 1886, Crillon.

ment dans la jurisprudence du Conseil d'Etat après qu'il avait décidé que les lois et règlements fournissaient les facilités demandées?

On peut voir là, d'abord un effet de l'évolution générale de notre droit administratif, mais surtout des progrès faits dans l'organisation de la procédure des Conseils de Préfecture.

Entre l'arrêt Mohamed ben Cheikh de 1869 et l'arrêt Ville d'Alger de 1873, se place la loi du 24 mai 1872, qui en donnant au Conseil d'Etat le pouvoir de rendre ses arrêts au nom du Peuple français et non plus au nom du Chef d'Etat, marque la fin de la justice administrative retenue et le commencement de la justice déléguée. Désormais la juridiction administrative comprend de véritables tribunaux qui émettent de véritables jugements et non plus de simples avis.

Ces tribunaux devaient avoir immédiatement la préoccupation de donner aux administrés des preuves du changement apporté dans leurs attributions et leur caractère. La justice administrative rendue au nom du Peuple français et devenue indépendante de l'administration active devait montrer qu'elle devenait plus soucieuse d'assurer la garantie du Droit, et cela en adoptant, autant que possible, la procédure employée devant les tribunaux ordinaires. Elle ne pouvait d'ailleurs l'adopter que dans la mesure compatible avec son caractère particulier et ceci nous expliquera pourquoi l'institution du référé, telle qu'elle existe en procédure civile, malgré son utilité reconnue de tout temps, n'a pas été jugée par les publicistes et les législateurs de 1889 comme pou-

vant être adaptée aux nécessités de la vie administrative.

D'autre part le changement dans la jurisprudence du Conseil d'Etat au sujet des constats trouve son explication principale dans l'histoire de l'organisation et de la procédure des Conseils de Préfecture. Lorsque le législateur de l'an VIII créa les Conseils de Préfecture, il ne voulait pas en faire des Tribunaux. La fonction de juger n'était pas distincte de la fonction administrative : donc le Préfet, administrateur du département, était chargé de statuer sur le contentieux. Mais comme il y avait lieu de délibérer sur la décision à prendre, en vertu du principe « agir est le fait d'un seul, délibérer le fait de plusieurs », un Conseil d'administrateurs lui était adjoint pour lui donner son avis.

Le Conseil de Préfecture n'était donc qu'un donneur d'avis; il n'avait pas de pouvoirs propres. Le Préfet le présidait et il n'y avait pas de vice-Président. Les jugements étaient rendus, non par le Conseil de Préfecture, mais par le Préfet statuant en Conseil de Préfecture — après une instruction, non judiciaire, mais bureaucratique.

Comment aurait-on pu, à ce moment, songer à organiser une procédure de référé devant le Conseil de Préfecture? La juridiction des référés ne peut être exercée que par un juge : or aucun des membres de ce Conseil n'avait cette qualité. Donc, si le Préfet pouvait, en vertu de certains textes, ordonner des mesures provisoires urgentes (voir *supra*, page 10), c'était en tant qu'administrateur et non en qualité de Président du Conseil de Préfecture.

Il faut arriver à la deuxième période du second Empire pour voir se modifier la compréhension du rôle du Conseil de Préfecture et sa transformation en Tribunal : c'est une manifestation de l'orientation générale des idées vers un plus grand libéralisme.

Par le décret du 30 décembre 1862, le Conseil de Préfecture obtient de diriger lui-même l'instruction des affaires contentieuses et une circulaire du ministre de l'Intérieur du 21 juillet 1865 insiste sur la suppression de l'instruction par les bureaux. Ceux-ci n'interviennent plus désormais que pour fournir des renseignements ou produire des défenses au nom de l'administration. Nous voyons que l'administration tend déjà à être un plaideur devant le Conseil de Préfecture. Les audiences deviennent publiques, le débat se fait oralement et un ministère public est organisé.

La loi du 21 juin 1865 confirme ces innovations et, de plus, éloigne l'autorité du Préfet en instituant un Vice-Président du Conseil de Préfecture statuant au contentieux. Le Conseil peut donc désormais être présidé par un juge et il pourra être question de donner à celui-ci les pouvoirs accordés au Président du Tribunal civil. La même loi attribue en propre au Conseil de Préfecture toutes les affaires dévolues jusque-là au Préfet statuant en Conseil de Préfecture et il y a lieu désormais de distinguer le Préfet statuant en Conseil de Préfecture et le Préfet présidant le Conseil de Préfecture.

Aucun de ces textes n'avait encore réglé la procédure en ce qui concerne les enquêtes et expertises : on ne pouvait savoir encore dans quelle mesure les

bureaux se verraient dépossédés de cette attribution. Il ne pouvait donc être question d'organiser, en dehors d'un texte, les expertises urgentes par voie judiciaire.

La loi du 21 juin 1865 avait bien prévu qu'un règlement d'administration publique déterminerait provisoirement certaines parties de la procédure et cela en vue d'un essai dont on pourrait juger les résultats qui seraient consacrés par une loi. Mais le décret paru quelques jours après, le 12 juillet 1865, ne réglementait la procédure que dans ses grandes lignes et ne parlait pas des enquêtes et expertises.

Il faut remarquer d'ailleurs que ce décret, qui a sans doute été délibéré avant que la loi du 21 juin 1865 ne fût votée, ne vise pas cette loi : il vise simplement le décret du 30 décembre 1862.

Pour combler les lacunes de cette réglementation de la procédure des Conseils de Préfecture, et aussi pour lui donner la consécration législative, un projet de loi fut élaboré par le Conseil d'Etat dans ses séances des 16, 18 et 25 mai 1870, en 66 articles, et déposé au Sénat dans la séance du 10 juin 1870.

M. Aucoc déclare dans le rapport qu'il rédigea au nom du Conseil d'Etat que celui-ci avait eu en vue : 1° de faire diriger la procédure par le juge ; 2° de simplifier la procédure pour les affaires de peu d'importance et notamment de simplifier les moyens de vérification afin de diminuer les frais.

C'étaient les réformes libérales réclamées par l'opinion. M. Aucoc disait en effet : « Ce projet de loi a pour but de régulariser et de compléter les progrès qui se sont accomplis depuis quelques années dans

la Procédure à suivre devant les Conseils de Préfecture et qui ont été accueillis avec faveur par l'opinion publique. » Dans son esprit cette loi ne devait pas être « un code de procédure administrative complet, posant les principes généraux, prévoyant et réglant tous les détails », mais régler seulement « les mesures qui devaient être spéciales aux Conseils de Préfecture à raison de la nature particulière des affaires qui leur sont soumises et des traditions auxquelles les justiciables sont habitués... afin de ne plus laisser de place aux incertitudes que la jurisprudence du Conseil d'Etat n'avait toujours pu faire cesser. »

Quant aux détails et aux mesures qui n'ont pas cette nature spéciale, le rapport ajoute : « Le Code de Procédure civile y a pourvu et les Conseils de Préfecture comme leurs justiciables n'auront qu'à s'y référer ».

De ce rapport qui explique les idées et les intentions de l'Administration quant à l'organisation du contentieux administratif, nous devons retenir que l'on ne voulait régler que les questions de procédure pour lesquelles il y avait intérêt (aux yeux de l'administration) à ne pas adopter les règles de la procédure civile. La question des référés est du nombre, nous aurons en expliquer par la suite la raison.

Mais si le projet de loi visait, comme dit M. Aucoc à « supprimer les incertitudes » il n'a pas atteint son but en ce qui concerne les référés. Il réglemente seulement, dans son article 24, la procédure des constats sans prononcer le mot de référé : il n'organise pas la juridiction des référés.

L'article 24 dit, en effet, seulement ceci : « En cas

d'urgence, le Président du Conseil de Préfecture peut, sur la demande des parties, désigner un expert pour constater des faits qui seraient de nature à motiver une réclamation devant ce Conseil ».

Ce texte ne tranche donc pas la controverse dans laquelle certains jurisconsultes disaient que la juridiction des référés, n'étant pas organisée dans le contentieux administratif, devait être exercée par le Président du Tribunal civil, même dans les litiges de la compétence des tribunaux administratifs. C'est encore cette théorie que soutient le *Traité de Procédure civile* de MM. Garsonnet et César-Bru (t. VIII, page 294). Le rapport de M. Aucoc ne fait qu'une rapide mention de la controverse en repoussant la théorie qui donne pleins pouvoirs au Président du Tribunal civil : « On ne peut, dit-il, admettre que le Président soit compétent pour prendre des mesures provisoires lorsque le tribunal ne l'est pas pour prononcer sur le litige ». Ce n'est pas une solution : il nous dit que le Président du Tribunal est incompétent mais ne nous indique pas à quel juge il y a lieu de s'adresser.

Déposé en 1870, le projet de loi ne devait être voté qu'en 1889. Pendant cette longue période de 19 ans on ne put en rester au système indiqué par les arrêts du Conseil d'Etat de 1867 et de 1869 : le recours au Préfet pour prendre les mesures urgentes nécessaires ; ce que nous pouvons appeler le système bureaucratique. Les jurisconsultes, les entrepreneurs, les hommes d'affaires le trouvaient intolérable ; ils

réclamaient que ce pouvoir fut attribué à une autorité judiciaire.

D'autre part, le projet de loi de 1870 indiquait bien que telle était l'intention du Conseil d'Etat et qu'il ne manquait au système judiciaire que la sanction législatives.

Le Conseil d'Etat trouva le moyen de concilier l'intérêt des particuliers et le respect de la loi en autorisant une procédure qui constitue un système intermédiaire entre le système bureaucratique et le système judiciaire prévu par le projet de loi : il décida que le Conseil de Préfecture pouvait ordonner des constatations urgentes, à titre purement conservatoire, en vue d'instances éventuelles de sa compétence. Si, en effet, une loi est nécessaire pour autoriser un Conseil de Préfecture à déléguer ses pouvoirs à son président en vue de prendre des mesures urgentes, le Conseil d'Etat pouvait, sans excéder ses pouvoirs, reconnaître à ce tribunal le droit d'ordonner lui-même ces mesures. « Ce droit est implicitement contenu dans les pouvoirs du tribunal », a dit M. Laferrière, qui ajoutait qu'il ne fallait donc pas voir, dans le système adopté par le Conseil d'Etat, un effort de jurisprudence prétorienne, mais une application normale des principes de juridiction.

Le premier arrêt qui consacra cette procédure est de 1873 (C. E., 26 décembre 1873, ville d'Alger, D. 74, 3, 70). Un pourvoi avait été formé contre une expertise ordonnée ainsi en référé par le Conseil de Préfecture d'Alger : il soutenait que cette expertise était illégale car « le Conseil de Préfecture aurait dû rejeter cette demande comme non recevable par le

motif qu'il n'appartient pas aux Conseils de Préfecture de statuer par voie de référé. » Le Conseil d'Etat répondit, sans, remarquons-le, prononcer le mot de « référé » : « le Conseil de Préfecture compétent pour connaître des dommages dont se plaignaient les sieurs X... a pu régulièrement ordonner qu'il soit procédé d'urgence aux constatations demandées. »

De même un arrêt du Conseil d'Etat du 2 mai 1884 (Maquenne, D. 85, 3, 92) déclare recevable « une demande tendant uniquement à ce qu'il fut ordonné une expertise à l'effet de constater certains faits de nature à servir ultérieurement de base à une demande en supplément de prix. » (1)

Ces arrêts consacraient la légalité du procédé qui entra alors dans la pratique courante. Il représentait assurément un progrès appréciable par rapport à la procédure ordinaire des expertises. Le Conseil de Préfecture, saisi d'urgence, n'avait pas à attendre que l'instruction de l'affaire fut terminée pour prendre l'arrêté prescrivant le constat des dommages motivant une demande d'indemnité (arrêt ville d'Alger, 1873) — et il pouvait prendre cette mesure conservatoire, avant toute action principale en indemnité, se basant simplement sur ce que les dommages à constater étaient de nature à motiver une action au fond (arrêt Maquenne 1884). Ces constatations ne pouvaient être arrêtées par les exceptions opposées

(1) Dans le même sens et précisant les conditions d'emploi de cette procédure. (C. E. 28 mai 1886, Perrichout — et 10 juin 1886, Crillon.)

par l'une des parties et tirées du fond du litige, ces exceptions ne pouvant être opposées qu'au cours de l'action principale (C. E., 6 août 1886, *Ministre des Travaux publics*).

Le Conseil de Préfecture, saisi en tant que tribunal administratif, ne pouvait se refuser à statuer. L'expertise ordonnée par lui suivant la procédure légale présentait des garanties d'impartialité ; enfin les parties avaient la possibilité de faire appel devant le Conseil d'Etat. Autant d'avantages sur le précédent système de la nomination d'un expert par le Préfet agissant en qualité d'administrateur.

Mais au point de vue de la rapidité de la décision, ce procédé était loin de donner toute satisfaction : le Conseil de Préfecture était en effet obligé de suivre la procédure employée ordinairement pour la nomination des experts.

Dans cette procédure ordinaire, d'après la loi du 16 septembre 1807, chaque partie nommait son expert et en cas de désaccord, une tierce expertise était confiée à l'Ingénieur en Chef des Ponts-et-Chaussées. Depuis la loi du 21 mai 1836, celle-ci était confiée à un expert nommé par le Conseil de Préfecture ; ce qui était un progrès quant à l'impartialité mais non quant à la rapidité de cette mesure d'instruction.

Avec le système adopté par le Conseil d'Etat en 1873, elle était bien prise d'urgence sans attendre l'action principale, mais elle devait être l'objet d'une instance ordinaire, engagée dans les formes normales devant le Conseil de Préfecture et celui-ci se croyait obligé dès lors à n'ordonner une telle expertise

qu'en présence du défendeur et après échange des explications contradictoires des parties.

Il y avait donc : dépôt de la requête — communication à la partie adverse par la voie du greffe — réponse du défendeur et souvent échange de mémoires — rapport du conseiller désigné — fixation de l'audience — discussion et souvent plaidoiries — délibéré — arrêté — expédition par le greffier — significations.

De plus, comme presque toujours le particulier ou l'entrepreneur était demandeur, au lieu de l'exécution attendue, c'était ordinairement un recours de l'administration qui intervenait et remettait tout en question. Le Conseil d'Etat précisa, en effet, que l'arrêt du Conseil de Préfecture « ne constituait pas une simple décision préparatoire que le ministre serait non recevable à attaquer directement devant le Conseil d'Etat » (28 mai 1886, Perrichout). On devine que lorsque l'arrêt du Conseil d'Etat permettait enfin de procéder au constat, il avait déjà été fait par une voie extrajudiciaire ou était devenu inutile par suite des changements survenus dans l'état des lieux ou des faits à vérifier.

Cette procédure, dont le résultat pouvait être aussi lointain, n'avait donc aucun rapport avec la procédure des référés : c'est avec raison que le Conseil d'Etat n'avait pas employé ce mot dans ses considérants : c'étaient plutôt des arrêtés rendus à bref délai.

On vit également apparaître bientôt un autre inconvénient de l'emploi de la procédure ordinaire en vue d'un simple constat : le Conseil de Préfecture réuni

tout entier pour décider cette mesure conservatoire devait être tenté de juger d'ores et déjà le fond du litige. Le Ministre des Travaux Publics se plaignit en effet que les Conseils de Préfecture ordonnaient, avant tout débat au fond, de véritables expertises portant sur l'ensemble d'un marché de Travaux publics et provoquaient ainsi, avant toute instance, des conclusions et des avis d'experts qui préjugeaient la solution au fond du procès : par ces expertises les droits des parties étaient appréciés avant même qu'ils aient pu être formulés et précisés. On oubliait la distinction à faire entre, d'une part, l'expertise ordinaire, dont le rapport indique toutes les conséquences de droit à tirer des faits constatés, en tenant compte de toutes les circonstances de la cause — et, d'autre part, le simple constat, fait lui aussi par un expert, mais qui se borne à une description objective de l'état des lieux, sans en tirer aucune conclusion.

Le Conseil d'Etat fut donc amené à préciser dans quelles conditions pouvait être employée cette procédure exceptionnelle (1). M. Lafferrière les a résumées ainsi : « En un mot, le référé administratif doit strictement se conformer à cette règle que le juge des référés peut statuer dans tous les cas d'urgence, mais à la condition de ne porter aucune atteinte au principal. Et ici cette règle s'impose d'au-

(1) C. E. 28 mai 1886, Perrichout. — 11 juin 1886, Crillon. — 6 août 1886, Min. des Tr. publics. — 16 décembre 1887. — 29 mars 1889.

tant plus aux Conseil de Préfecture qu'il sont à la fois juges du référé et juges du fond, et que toute confusion d'une de ces attributions avec l'autre présenterait plus de dangers pour les droits éventuels des parties et pour la liberté du juge ».

1° Les vérifications demandées devaient avoir un caractère d'urgence. Elles ne pouvaient porter que sur des faits qui risqueraient de disparaître, d'échapper à toute vérification ultérieure. Par cette règle de l'urgence on donnait ainsi à cette procédure le caractère spécial de la procédure des référés, l'urgence étant, en remontant à l'origine même, à « la clameur de haro » de l'essence même du référé.

2° Comme les jugements sur référés, ces arrêtés du Conseil de Préfecture ne devaient porter aucun préjudice au principal. Les vérifications requises ne pouvaient donc aboutir à de véritables expertises ayant pour conclusions des avis émis sur les prétentions respectives des parties, sur leurs droits actuels ou éventuels. Elles devaient se borner à de simples mesures de constat d'où l'on tirerait plus tard telles conclusions que de droit.

3° Elles ne pouvaient être ordonnées que pour les litiges dont le Conseil de Préfecture est compétent pour juger au fond. Les mêmes règles de compétence s'appliquent au juge des référés et au juge du fond. (Arrêt Crillon, 11 juin 1886).

Tel était, en 1889, au moment où s'ouvrit devant le Sénat la discussion sur le projet de loi déposé en 1870, le procédé très imparfait que les Conseils de Préfecture étaient autorisés à employer pour décider d'urgence les vérifications nécessaires.

CHAPITRE III

La procédure des constats urgents organisée par la loi du 22 juillet 1889

Cette procédure fait l'objet de l'article 24 de la loi du 22 juillet 1889 : « En cas d'urgence, le Président du Conseil de Préfecture peut, sur la demande des parties, désigner un expert pour constater des faits qui seraient de nature à motiver une réclamation devant ce Conseil. Avis en est immédiatement donné au défendeur éventuel ».

Rappelons que le projet de loi ne contenait pas la dernière phrase dont l'adjonction ne fut d'ailleurs votée qu'après discussion. Elle représente le fruit de l'expérience acquise pendant les 16 ans où on essaya d'organiser le référé administratif en s'inspirant du principe posé dans le projet de loi de 1870. On ne s'explique d'ailleurs pas qu'après avoir constaté l'utilité des tâtonnements faits pendant cette période, qui avaient permis d'adapter les règles de la procédure devant les Conseils de Préfecture aux nécessités de la vie administrative à cette époque, le législateur n'ait pas admis que ces nécessités pou-

vaient se modifier par la suite et qu'il ait rendu impossible à la jurisprudence de faire faire des progrès nouveaux à la pratique, en l'enfermant dans l'interprétation de textes rigoureusement précis. Notre droit administratif qui évolue si rapidement devrait avoir des règles de procédure plus souples, qui puissent s'adapter facilement aux conditions nouvelles du commerce juridique.

4) Autorité qui exerce ce pouvoir de juridiction

L'article 24 donne au Président du Conseil de Préfecture le droit que la pratique avait accordé au Conseil de Préfecture tout entier. La jurisprudence n'avait pu obtenir ce résultat, un texte de loi étant nécessaire pour transférer au Président d'un Tribunal les pouvoirs exercés par le Tribunal tout entier. Le progrès réalisé est important, le Président pouvant être saisi plus rapidement que ne l'était le Conseil de Préfecture tout entier.

Mais quant à la garantie d'impartialité du juge, la réforme n'est pas complète. C'est en effet le Préfet qui est, en droit, le Président du Conseil de Préfecture. Or il est un agent politique et en cette qualité il est déjà porté à s'inquiéter d'autres considérations que celles de la bonne justice : de plus, il peut être déjà intéressé, en tant qu'administrateur, à l'affaire sur laquelle il a à décider comme juge. Heureusement, en pratique, c'est le Vice-Président du Conseil de Préfecture qui exerce les fonctions de Président :

mais il est fâcheux que la loi ne l'ait pas dit formellement.

En l'absence du Président et du Vice-Président, cette fonction est dévolue au plus ancien des membres présents du Conseil de Préfecture : c'est une garantie de rapidité. Elle peut être exercée dans certaines circonstances par le Conseil de Préfecture lui-même. (Voir *infra*, p. 34).

**B) Règles qui limitent les pouvoirs attribués au
Président du Conseil de Préfecture**

Ces pouvoirs sont loin d'être aussi étendus que ceux du Président du Tribunal civil jugeant sur référé. Le Président du Conseil de Préfecture ne peut que désigner un expert à l'effet de constater des faits qui motiveraient une réclamation devant ce Conseil.

Même réduit à ce modeste rôle, son pouvoir est encore limité par plusieurs règles.

Deux d'entre elles s'appliquent à tout juge des référés : 1° Il faut qu'il y ait urgence à statuer, 2° La décision du juge ne doit porter aucune atteinte au principal.

Trois autres règles sont spéciales au référé administratif :

1° Nécessité de l'éventualité d'un litige ; 2° Le litige éventuel doit être de la compétence du Conseil de Préfecture ; 3° Le président ne peut prescrire aucune autre mesure qu'un constat, lequel constat ne doit pas avoir le caractère d'une expertise.

1° *Il faut qu'il y ait urgence à constater.*

Il y a urgence, d'une façon générale, toutes les fois qu'il y a nécessité de pourvoir à une situation qui, en se prolongeant, entraînerait des périls et ferait redouter un dommage prochain. Ici le péril est de voir disparaître un état de choses ou la preuve de certains faits, qui risqueraient ainsi d'échapper à toute constatation ultérieure (1). La règle doit être appliquée rigoureusement : la procédure de l'article 24 étant en effet une exception à la procédure générale fixée par les articles 14 et 15 de la même loi, doit être d'interprétation stricte et ne peut-être étendue aux cas où l'urgence de fixer les preuves par écrit n'est pas démontrée. Elle ne doit pas s'appliquer toutes les fois que les faits pourront être utilement constatés au cours d'une expertise éventuelle sur le fond du litige (2).

On ne pourrait demander l'intervention du Président, en invoquant l'urgence, dans le cas où il y a intérêt à faire cesser un dommage, même s'il y a péril en la demeure. Le référé administratif, à la différence du référé civil, ne pourvoit pas à ce besoin.

(1) Le constat ne peut être prescrit en vue de constatations auxquelles peut donner lieu une convention qui n'est pas encore définitive. (C. E. 15 nov. 1911. — S. 1914, 3, 75).

(2) C. Préf. Seine, 25 juin 1896, G. et D. 1896, p. 291 et 17 novembre 1910, G. et D. 1911, p. 72. S'il s'agit de vérifier après coup ces faits, en établir l'origine, déterminer le montant d'une réparation, il est nécessaire de recourir à l'expertise ordinaire. G. et D. 1902, p. 267.

Ne peut-il y avoir urgence à constater qu'avant de porter le fond du litige devant le Conseil de Préfecture? Les termes de l'article 24 correspondent à l'hypothèse dans laquelle l'instance n'est pas encore engagée. Mais sans aucun doute ils s'appliquent également au cas où, au cours d'une instance, la nécessité d'un constat est reconnue; il suffit qu'il y ait urgence. (Dans ce sens : Gérard, *Des référés sur placet*, page 188).

De même un constat d'urgence peut être ordonné valablement après une expertise, s'il est jugé nécessaire (1).

Lorsque la question est ainsi soulevée en cours d'instance, le constat peut être ordonné par le Conseil de Préfecture tout entier sans qu'il soit besoin de renvoyer les parties devant le Président seul, à une audience spéciale. Le Conseil de Préfecture, en effet, n'a pas été dessaisi de ce pouvoir : ce n'est que parcequ'il était contenu implicitement dans ses attributions qu'il a pu être délégué au Président.

Pour la même raison le Président pourrait, le cas échéant, renvoyer les parties devant le Conseil de Préfecture pour qu'il soit statué par le Conseil tout entier, sur les difficultés soulevées par la demande de constatations urgentes.

(1) C. P. Haute-Marne, 16 juin 1892, G. et D. 1893, p. 75.

2° L'arrêté du Président ne doit faire aucun préjudice au principal

Saisi d'une demande à l'effet de constater un état de lieux ou de vérifier certains faits, il n'a pas à juger au fond les droits des parties. C'est la règle que doit suivre également le juge civil des référés : mais à la différence de celui-ci, le Président des Conseils de Préfecture ne peut prendre aucune décision, même provisoire, sur le litige. Il ne peut qu'examiner s'il est compétent pour désigner un expert à l'effet de faire les constatations nécessaires.

3° Nécessité de l'éventualité d'un litige

Il faut que les constatations demandées soient de nature à motiver une réclamation devant le Conseil de Préfecture. L'article 24 n'a pas d'autre but, en effet, que de permettre de conserver de façon authentique les preuves d'un droit prétendu : on ne saurait l'appliquer dans le cas où le demandeur n'a pas à se faire rendre justice. Il ne suffit donc pas d'avoir un intérêt à faire vérifier un certain état de choses ; il faut encore que cet intérêt soit litigieux.

Par exemple : une personne obligée par un arrêté municipal à combler un fossé à ses frais, ne peut obtenir un constat d'urgence du cubage de ce fossé. Ce seul fait n'est pas, en effet, de nature à motiver, dans la suite, une réclamation devant le Conseil de Préfecture (G. et D. 1896, p. 138).

C'est au Président lui-même à apprécier si les faits et choses à constater ont un intérêt litigieux : il devra refuser de nommer l'expert si l'intérêt prétendu du demandeur ne lui paraît pas avoir ce caractère (1).

4° *Le litige éventuel doit être de la compétence
du Conseil de Préfecture*

Le Président du Conseil de Préfecture n'est compétent que dans les matières où le Conseil serait lui-même compétent pour statuer sur le principal et au fond (*Conflits*, Serra, 23 janvier 1888). C'est l'application du principe en vertu duquel un magistrat n'est compétent en référé qu'autant que l'affaire ressort de l'ordre de la magistrature dont il fait partie. Mais ici la restriction est aggravée puisque, pour des motifs que nous exposerons plus loin, le Président du Conseil de Préfecture ne peut pas, en référé, décider sur toutes les affaires qui sont du ressort de tous les tribunaux administratifs : il n'a compétence que pour celles qui ressortissent du Tribunal dont il fait partie.

L'article 24 ne s'appliquera donc pas si les faits allégués à l'appui de la demande de constat sont

(1) Voir aussi G. et D., 1907, p. 176. Mais le droit de prescrire le constat n'est pas subordonné à l'existence d'un dommage actuellement né : on peut faire constater l'état des lieux avant que le dommage se soit produit. (G. E. 15 nov. 1911, S. 1914, 3, 75).

tels que la compétence appartienne à un autre tribunal administratif, au Conseil d'Etat par exemple (1). Cela est assurément regrettable, mais le texte est d'une telle précision à ce sujet qu'il est impossible de l'étendre (2).

Il en résulte que le Président doit préciser dans son arrêté les faits dont il autorise la constatation par expert et affirmer ainsi, en même temps que sa compétence à ce sujet, celle du Conseil de Préfecture sur le fond de l'affaire. Cela le fait statuer, remarquons-le, sur une question qui peut être importante et délicate : il a en effet à faire le départ de la compétence du Conseil de Préfecture non seulement par rapport à celle du Conseil d'Etat mais encore à celle des tribunaux ordinaires. Le juge civil des référés à ce point de vue a un rôle moins difficile : les pouvoirs très généraux qui lui sont donnés par l'article 806 lui permettent de ne pas donner à la question préjudicielle de compétence la même importance.

5° *Le Président ne peut prescrire qu'un constat et ce constat ne doit pas avoir le caractère d'une expertise.*

Nous avons ici à préciser le rôle dévolu au Président. Les mesures qu'il peut prendre, le genre de véri-

(1) G. et D. 1905, p. 66 et 1910 p. 214 et 270.

(2) D'ailleurs si un doute est possible quant à la compétence éventuelle au fond on admet que le constat peut être valablement ordonné (G. et D. 1914, p. 267).

fication qu'il peut prescrire; les faits sur lesquels elles doivent porter; la nature de la mission qu'il confie à l'expert.

a). — Le Président ne peut ordonner qu'un constat sans pouvoir prendre d'autres mesures qu'imposerait l'urgence ni arrêter les mesures administratives qui occasionnent un dommage. Les autres mesures à prendre d'urgence, qui pourraient, au civil, faire l'objet d'un référé, restent soumises au Conseil de Préfecture dont les pouvoirs restent entiers et qui apprécie l'opportunité de la décision à prendre.

D'autre part l'orsqu'un particulier se plaint de faits dommageables imputables à l'administration, le Président ne peut pas arrêter provisoirement l'exécution des mesures prescrites par celle-ci. (Au contraire il est admis généralement que le juge civil des référés a, par l'article 806 du Code de Procédure, le pouvoir d'arrêter l'exécution d'un titre exécutoire).

Il en est ainsi par exemple dans le cas de mise en régie prononcée contre un entrepreneur, celui-ci prétendant que les travaux n'ont pu être exécutés par suite d'une circonstance indépendante de sa volonté, comme une gelée persistante, éboulements, etc. Il peut demander un constat d'urgence de l'état des travaux, des circonstances climatiques; mais il ne peut pas demander au Président du Conseil de Préfecture qu'il soit sursis à la mise en régie.

Le Président ne peut pas davantage arrêter l'exécution d'un jugement, même si ce jugement est

un arrêté du Conseil de Préfecture. En effet ce tribunal ne connaissant pas, lui-même, de l'exécution de ses arrêts, il ne pouvait être question de porter devant son Président les difficultés relatives à l'exécution de ses décisions (voir le discours du rapporteur de la loi au Sénat).

b). — Quelles sont les mesures de vérification que peut ordonner le Président du Conseil de Préfecture?

En principe il ne peut ordonner que la constatation d'une situation matérielle, la description d'un état de lieux ou de certains faits. Il est incompétent pour ordonner toute autre mesure d'instruction, comme, par exemple, une enquête (1).

On peut se demander pourquoi la loi de 1889 a fait ainsi une différence entre l'enquête et l'expertise : il semble qu'il n'y ait pas plus d'inconvénients pour l'une que pour l'autre de ces mesures. Sans doute on peut obtenir l'enquête du Conseil de Préfecture lui-même et il paraît alors inutile de faire intervenir le Président. Mais celui-ci irait plus vite que le Conseil et d'ailleurs le droit pour celui-ci d'autoriser des enquête « *in futurum* » est fortement contesté. Il aurait été désirable que la loi de 1889 mit fin à ce doute et, en donnant pouvoir au Président, accélérât la procédure des enquêtes.

(1) Ne constitue pas une simple constatation matérielle pouvant être ordonnée par le Président la recherche, au moyen de toutes constatations et de tous renseignements utiles, du cours des salaires couramment appliqués depuis une certaine époque.

C. E. Min. des Tr. Publics 7 juillet 1905. D 1907, 3, 47.

c). — Quels sont les faits que le Président peut faire constater ? En principe tout état de lieux ou de choses dont il y a intérêt à fixer la composition, l'état, la situation, au moment où la difficulté litigieuse se présente.

Ce peut être par exemple un inventaire de matériel. Ainsi il a été jugé que le Président est dans l'exercice des pouvoirs conférés par l'article 24 lorsqu'il charge un expert de dresser, d'urgence, l'inventaire du matériel d'une entreprise dont l'administration va prendre possession, et de faire toutes constatations utiles pour en permettre ultérieurement l'estimation exacte (C. E. 24 juillet 1891, D. 93, 3, 4).

d). — Quelle est l'étendue des pouvoirs de l'expert ? Elle est assez délicate à déterminer car il y a lieu de concilier, d'une part, le respect de la loi qui veut que le constat soit une simple mesure conservatoire de preuves, sans jamais porter atteinte au principal, et, d'autre part, la nécessité de fournir au juge du fond des renseignements aussi utiles et complets que possible sur la situation litigieuse.

Ce constat, quoique confié à un expert, ne doit pas être une véritable expertise : celle-ci comporte nécessairement des appréciations sur le fond du droit et d'ailleurs entraînerait des retards préjudiciables. L'expert ne pourra pas ici, sans porter atteinte au principal, donner par exemple son avis sur les conséquences du dommage allégué, sur le bien-fondé

des réclamations, les responsabilités encourues(1). Il ne peut pas être chargé de concilier les parties (2). Il doit se garder d'apprécier leurs droits respectifs, la recevabilité ou le mérite de leurs prétentions, ces questions appartenant au fond du litige qui doit rester intact (3). Cela a été précisé par M. Clément, le rapporteur de la loi au Sénat. Ainsi il a été jugé qu'il ne pouvait donner son avis sur le point de savoir s'il était possible à un entrepreneur, par l'examen des lieux, de prévoir les difficultés rencontrées. (C. E., 28 mai, 11 juin, 6 août 1886. D. 87, 3, 109 et 16 déc. 1887; D. 88, 5, 501.)

Mais il y a lieu, dans la pratique, d'apporter quelques tempéraments à cette règle. Souvent en effet, l'expert sera amené à résoudre une de ces questions, car c'est quelquefois l'objet même du constat : par exemple dans le cas de maïfaçons flagrantes il est inévitable que l'expert devra faire quelques appréciations sur la cause de la non-exécution des conditions du marché. (C. P. Seine, 17 juin 1891. G. et D. 1891, p. 285.)

De même il peut être utile de faire rechercher d'urgence, en vue d'une demande d'indemnité, les

(1) C. E. 29 nov. 1901. Société du Coudia'-Aty contre Lavie, espèce dans laquelle le Président du Conseil de Préfecture avait faussé le sens de la loi jusqu'au point de charger l'expert de faire exécuter des travaux de réfection.

(2) G. et D. 1911, p. 235.

(3) Dans le cas où l'expert viendrait, même incidemment, à apprécier le bien ou mal fondé de la réclamation, il semble qu'il ne pourrait plus faire partie d'une expertise ordonnée dans la même affaire devant le même Conseil.

causes d'un dommage alors que ces causes peuvent disparaître rapidement. Si ces causes proviennent de la faute de l'entrepreneur il faudra que l'expert donne son avis sur une partie du litige en disant que ces causes sont : la mauvaise qualité des matériaux fournis, ou des malfaçons, ou des vices de construction, etc., etc. Ces constatations peuvent être rendues impossibles ultérieurement par le temps ou l'humidité (G. et D. 1894, p. 100).

Il faut les considérer comme des mesures conservatoires et non comme des appréciations du fond du litige : l'expert, d'ailleurs, les fera figurer dans le procès-verbal de constat au titre descriptif et non au titre d'appréciation. Il est admis, dans ce cas, que l'expert ne pouvait décrire sans apprécier.

— A quoi se bornera donc la mission de l'expert ?

Il n'a à faire qu'un simple procès-verbal de ce qu'il a vu, une constatation de faits, une quasi-photographie des lieux ou des choses pour en fixer l'état lors de sa visite. Il n'a donc à se faire présenter aucun document, aucune pièce ; c'est un travail à opérer sur le terrain.

La description doit être assez détaillée pour que le jour où le procès pourra venir devant le Conseil de Préfecture, les choses ne pouvant plus être constatées, les juges n'aient qu'à se référer à ce rapport qui sera pour eux, en quelque sorte, l'objet litigieux à examiner. Sur ce document pourront aussi travailler les hommes de l'art désignés pour faire une expertise ordinaire, c'est-à-dire comportant appréciation des droits des parties en cause, lorsque les débats auront été engagés au fond.

Peut-on dire que ce travail de pure description pourrait être fait aussi bien par un huissier choisi par la partie qui a intérêt au constat? Ce procédé a été employé jadis, faute de mieux, et il présente en effet sur l'intervention d'un simple architecte choisi par les parties en cause l'avantage de faire faire les constatations par un officier public aux affirmations duquel est attachée une autorité spéciale.

Mais le moyen fourni par la loi de 1889 est cependant bien préférable. D'abord, dans ce procès-verbal de description un huissier ne saurait pas employer les termes techniques qui par leur sens précis facilitent le travail ultérieur de l'expertise sur le fond. Il faut avoir des connaissances techniques pour vérifier l'état, la nature, la dureté d'un terrain, interroger les sondages, etc.

D'autre part, l'homme de l'art désigné par le juge a plus d'autorité et présente plus de garanties pour les droits de chacun. Il prête serment et sa nomination est notifiée à la partie adverse. Au lieu d'être le mandataire des parties, il est l'auxiliaire du juge et son procès-verbal emprunte à son mode de nomination un caractère d'autant plus probant. (C. E. Min. des Tr. Publics, 28 mai 1886). Il a d'ailleurs été jugé qu'un constat par huissier, fait à la demande d'une partie, ne peut pas suppléer le constat par huissier, fait à la demande d'urgence ordonné par le Président du Conseil de Préfecture (1). (G. et D. 1898, p. 242).

(1) Mais nous devons regretter que par un respect exagéré du principe de la séparation des pouvoirs il ne soit pas admis qu'un

C) **Procédure.**

1° *Introduction de la demande.*

La demande est faite au Président du Conseil de Préfecture sous forme de requête, sur timbre, signée du demandeur ou de son mandataire, et déposée au greffe. On doit observer les formalités requises par les articles 2 et 3 de la loi de 1889, c'est-à-dire y mentionner : les noms, professions, demeures des parties ; l'exposé des faits servant de base à la demande d'expertise (cet exposé devant permettre au Président d'apprécier si les conditions de l'article 24 sont remplies) ; le détail des points que devront examiner les experts (mais sans proposer aucun nom d'expert) ; les pièces jointes. Il faut y ajouter les copies de ces divers documents certifiées conformes par le requérant et destinées à être notifiées au défendeur éventuel. La demande et la copie de la demande sont seules exigibles : si elles ne sont pas fournies le Président refusera d'ordonner le constat.

2° *Nomination de l'expert.*

Saisi par cette requête, le Président, ou le Conseil-

Conseil de Préfecture puisse faire état d'un constat ordonné, par erreur, par un Président de Tribunal civil sur des matières ressortissant à la juridiction administrative. Le deuxième constat ordonné par celle-ci peut trouver les choses entièrement modifiées. (G. et D. 1891, p. 53 et 1901, p. 193).

ler désigné pour le remplacer, statue dans une audience spéciale qu'il tient à cet effet. Après avoir examiné, d'après l'exposé des faits, s'il est compétent pour ordonner le constat d'urgence, il prend un arrêté qui prescrit cette mesure ou rejette la demande, sans avoir convoqué et par conséquent entendu le défendeur. Dans le premier cas il désigne l'expert et en principe fixe le jour où il doit y procéder ainsi que le délai dans lequel le rapport devra être déposé.

Le Président peut nommer qui il veut comme expert. Remarquons aussi qu'il n'a pas besoin du consentement des parties pour n'en nommer qu'un seul, alors que dans les expertises ordinaires il faut l'entente des parties pour qu'il y soit procédé par un expert unique : ici cette entente serait impossible puisque le défendeur peut n'être pas averti à temps.

— Peut-on nommer plusieurs experts ? L'article 24 ne parle en effet que d'un expert. Mais certains auteurs (notamment MM. Teissier et Chapsal) estiment qu'en vue d'un désaccord possible sur les modifications matérielles apportées à l'état des lieux, les parties peuvent avoir intérêt à ce que le constat soit fait par plusieurs experts. Elles présenteraient alors plusieurs personnes que le Président investirait des fonctions d'expert. Mais d'une façon générale, comme il n'y a que des constatations matérielles à faire, l'intérêt des parties est plutôt qu'il n'y ait qu'un seul expert (1).

— Les parties ont-elles le droit de récuser l'expert

(1) Voir G. et D., 1910, p. 185.

nommé par le Président? En théorie elles ont ce droit qui est aussi utile en cette matière que dans l'expertise ordinaire. Mais un auteur, M. Brémont, a observé justement qu'il se présente ici une difficulté de procédure. En effet, le texte de l'article 24 ne donne pas au Président le pouvoir de juger sur la question de récusation. D'autre part, si on faisait intervenir sur cette difficulté le Conseil de Préfecture tout entier, ce serait contraire à la nature de cette procédure d'urgence.

Le droit de récusation semble donc impossible à exercer. Il n'y a d'ailleurs pas grand inconvénient puisque le rôle de l'expert se borne à une simple description sans qu'il puisse donner son avis personnel.

3° Serment de l'expert.

L'expert doit prêter serment comme dans les expertises ordinaires. L'article 24 ne le dit pas, mais c'est de jurisprudence constante. En pratique cela n'entraîne généralement aucun retard dans le constat, puisque l'expert est obligé d'aller au greffe pour se faire délivrer, contre récépissé, les pièces du dossier : il prête serment à ce moment là.

Pourrait-on le dispenser du serment? Il semble que le Président ne pourrait l'en dispenser, si le requérant est seul à le demander. Et cela est regrettable, car il peut arriver que l'expert ait à attendre qu'il y ait un membre du Conseil de Préfecture ou le Secrétaire Général. Mais si les deux parties étaient

d'accord à ce sujet, rien ne s'opposerait à ce que l'on dispensât l'expert de la prestation du serment.

4° Avis au défendeur éventuel.

L'article 24 dit dans son paragraphe final : « Avis est donné au défendeur éventuel ». C'est là le point le plus caractéristique de l'institution que nous avons à étudier.

En général, tout acte de juridiction est fait après avoir entendu toutes les parties en litige : il en est ainsi notamment dans le référé civil où le débat contradictoire est de règle, le défendeur devant toujours être assigné.

Telle était également l'idée du Conseil d'Etat quand il rédigea le projet de loi de 1870. Dans le texte de ce projet, l'article 24 ne contenait pas le paragraphe final que nous avons cité plus haut : il se contentait de dire : « ... le Président du Conseil de Préfecture peut, sur la demande des parties... » Il fallait donc l'accord des deux parties pour demander l'expertise : cela est confirmé par l'exposé des motifs fait par M. Aucoc : tout au moins fallait-il qu'il y eut un débat contradictoire où le défendeur pût faire valoir ses arguments et contester l'utilité de la mesure réclamée.

La Commission du Sénat qui étudia le projet de loi, instruite par l'expérience de quinze années pendant lesquelles les tribunaux administratifs avaient organisé un essai de référé administratif, vit bien que, le plus souvent, la partie contre laquelle la constatation était réclamée, se garderait bien de la demander, ce qui rendrait le référé inapplicable. Et même en se

contentant de faire assigner le défendeur en vue d'un débat contradictoire, on était exposé à voir celui-ci faire défaut, puis opposition, etc., laissant ainsi aux faits à constater le temps de disparaître. C'est pour ces raisons que la Commission ajouta qu'un simple avis au défendeur suffirait.

Dans la discussion au Sénat (séance du 29 janvier 1889), M. Bozèrian s'éleva contre cette suppression du débat contradictoire qui devait, d'après lui, exister en matière administrative comme dans le référé civil. « Il faudrait un débat contradictoire, disait-il, au moins toutes les fois que l'extrême urgence ne rend pas impossible l'assignation du défendeur : ce serait pour celui-ci une garantie très utile, car la nomination de l'expert est souvent très importante : il peut y avoir des difficultés, des protestations relativement à la personne à nommer. Et ces protestations, d'après l'article 24, sont impossibles. » Ce à quoi répondit M. Clément : « Il s'agit ici de cas urgents. Le temps d'appeler l'adversaire, de le faire venir, enlève à la mesure son utilité : les faits disparaissent, la constatation n'est plus possible. Voilà pourquoi on s'est contenté, pour donner une garantie au défendeur, de décider qu'avis lui sera immédiatement donné. Il fera de cet avis ce qu'il voudra : il viendra s'il le peut ; il fera ses observations à l'expert qui sera désigné. Mais nous croyons qu'il est difficile d'aller plus loin. »

Aux raisons exposées par M. Clément, nous pouvons ajouter qu'un débat contradictoire n'est pas indispensable puisqu'il ne s'agit que de fixer immédiatement l'existence de faits matériels sans que ce constat

puisse toucher en quoi que ce soit aux intérêts du défendeur.

D'ailleurs le défendeur sera présent à l'opération, ou il y aura envoyé son représentant; ce qui rend impossible toute manœuvre de l'expert tendant à ne mentionner que les faits favorables à la thèse de la partie qui l'a fait nommer : le défendeur pourra toujours y suppléer par des « dires » qui figureront nécessairement au procès-verbal.

Remarquons aussi que si le défendeur était prévenu avant que le Président ait pris son arrêté, il lui serait évidemment permis de se présenter à l'audience et de contester l'utilité de la mesure réclamée.

Que reste-t-il à craindre par conséquent? Que ce constat augmente inutilement les frais du procès? Non, le défendeur ne risque pas d'être lésé, quoiqu'il arrive : car si cette mesure était ultérieurement jugée inutile et injustifiée, les frais resteraient à la charge de la partie qui l'a demandée.

Le Sénat a donc bien fait de se ranger à l'avis de sa Commission et de ne pas écouter M. Bozérien. Mais nous sommes obligés de constater que l'addition de la phrase concernant l'avis au défendeur éventuel ayant été faite, sans que l'on ait touché la première phrase qui suppose l'accord des deux parties pour demander le constat, l'article 24 dans son ensemble devient tout à fait obscur.

Cette rédaction vicieuse s'explique par le fait que le projet de loi établi par le Conseil d'Etat a été voté, presque sans modification, par le Parlement : quand la Commission du Sénat a fait quelques retouches de détail, elle n'a évidemment pas pris le soin de

corriger ce qui, dans le reste de la loi, devenait incompatible avec l'amendement apporté. D'interminables controverses auraient pu naître de ce défaut de méthode législative, si les travaux préparatoires, heureusement, ne rendaient impossible toute divergence d'interprétation.

Le rapporteur, M. Clément, a déclaré en effet dans son rapport : « Nous n'avons pas exigé que le débat soit contradictoire. » Il en résulte bien qu'il suffit de la demande d'une seule des parties pour que le Président puisse ordonner le constat s'il estime cette demande fondée. Certainement il est fâcheux que les mots « sur la demande des parties » (1) laissent croire qu'il est nécessaire que le défendeur soit consentant ou tout au moins puisse discuter l'opportunité de la mesure, mais le doute n'est pas permis, puisque, du deuxième paragraphe « Avis en est immédiatement donné au défendeur éventuel », il ressort nettement que le défendeur n'est averti que lorsque la nomination de l'expert est un fait acquis.

Comment le défendeur est-il avisé ?

D'après l'Instruction ministérielle du 31 juillet 1890 c'est le greffier qui doit aviser le défendeur. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer l'article 18 de la loi du 24 juillet 1889 qui dit : « Les parties doivent être averties par l'expert des jours et heures auxquels il sera procédé à l'expertise.

— Que doit contenir l'avis donné par le greffier ?

(1) Le mot « parties » est impropre puisqu'il n'y a pas encore d'instance : il aurait fallu mettre : « des intéressés ».

Il n'est obligé à notifier que l'arrêté de constat (dans la forme administrative ou toute autre forme). Mais c'est le texte entier de l'arrêté qui doit être notifié au défendeur, y compris la demande. Il est, en effet, nécessaire que celui-ci puisse vérifier si l'arrêté est régulier, s'il répond aux conditions exigées par la loi, en vue d'exercer son recours, s'il y a lieu.

Si le jour et l'heure ont été prévus par le Président c'est un devoir pour le greffier de les notifier également : mais ce n'est pas pour lui une obligation légale. Le défendeur, qui peut demander la nullité de l'arrêté si celui-ci ne lui a pas été notifié, ne peut la demander si l'avis qui lui est donné ne mentionne pas la date du constat : il n'a qu'à venir lui-même se renseigner au Conseil de Préfecture.

Si le jour et l'heure n'ont pas été prévus par le Président, c'est logiquement à l'expert désigné d'avertir les deux parties; les choses vont plus vite ainsi. Il le fera autant que possible par lettre recommandée.

5° *Le procès-verbal de constat*

Les parties intéressées ayant été avisées de la date à laquelle il doit procéder, l'expert se rend sur les lieux et fait les constatations qui lui sont assignées par l'arrêté (1). Il y procède même si le défendeur

(1) Il ne doit pas s'occuper d'autres questions; mais comme cette règle n'est pas d'ordre public, cette irrégularité peut être couverte par les conclusions des parties.

n'est pas là et aussi si le demandeur lui-même n'est pas présent. C'est là encore un point qui différencie le référé administratif du référé civil.

L'expert fait son procès-verbal sur timbre. Il le dépose sous pli non cacheté au greffe du Conseil de Préfecture où il sera à la disposition des parties. Il serait en effet peu régulier que ce procès-verbal fut remis entre les mains du demandeur : ce serait en outre faciliter les fraudes et les falsifications. Il doit être enregistré. Il est suivi de l'état des frais de l'expert, lequel est taxé par le Président sauf opposition et appel.

6° Frais du constat.

Ils sont en principe à la charge de la partie qui a demandé le constat lorsqu'il est reconnu par la suite que cette mesure était inutile.

Il en est de même si le demandeur succombe dans l'instance au fond, ou n'introduit pas cette instance à la suite du constat d'urgence (Instruction ministérielle du 31 juillet 1890). Cette disposition assure la sanction de l'article 24 qui exige que les faits à constater soient de nature à motiver une réclamation devant le Conseil de Préfecture.

Les frais ne pourraient rester à la charge du défendeur que si un arrêté l'ordonnait expressément.

Le Président peut, pour plus de sécurité, à raison des circonstances particulières de l'affaire, n'autoriser le constat que sous conditions de la consignation préalable par le demandeur des frais présumés de la

vérification (1). L'expert a d'ailleurs le droit d'exiger une provision avant de procéder à l'opération.

D). Voies de recours contre l'arrêté de constat.

La loi ne dit rien des recours qui peuvent être formés contre cet arrêté. Cet oubli est fâcheux, d'autant plus que, même en matière civile, où l'article 809 s'occupe pourtant de la question, il y a eu d'importantes controverses au sujet des recours contre les ordonnances sur requête ou sur référé. Généralement on admet ou on rejette notamment la faculté d'appel suivant que l'on croit ou non que ces ordonnances ont l'autorité de la chose jugée.

Pour les ordonnances sur référé on peut soutenir qu'aucune des parties n'a un droit acquis, puisque ces ordonnances ne doivent pas juger le fond du droit.

A fortiori pour les ordonnances sur requête, qui ne décident que des mesures provisoires et ne sont que des actes de juridiction gracieuse. Il en est de même pour notre arrêté de constat qui ne constitue pas un jugement, ni préparatoire ni interlocutoire. C'est également un simple acte de juridiction gracieuse, prescrivant une mesure conservatoire et réservant expressément les droits et moyens des parties quant au fond de l'affaire.

Tant que le référé administratif conserve ce caractère de décision gracieuse, il ne semble pas être sus-

(1) De même, dans le référé civil, l'article 809 du Code de Pr. prévoit que le juge pourra ordonner qu'il soit fourni caution.

ceptible d'un recours quelconque. Il est d'ailleurs désirable qu'il en soit ainsi puisque, comme le référé civil, sa principale utilité est de résoudre rapidement une question urgente.

A défaut de texte précis sur la question, les paroles du rapporteur de la loi ne laissent aucun doute sur l'absence de voie de recours.

Cela résulte également de l'amendement apporté à l'article 24 du projet et qui a eu évidemment pour but de supprimer tous les retards qui pourraient naître du fait du défendeur. En effet, si l'article 24 ne veut pas que les délais nécessités par sa comparution puissent retarder la mesure, *a fortiori* lui refuse-t-il le droit de la faire ajourner en employant des moyens de procédure comme l'opposition et l'appel : bien plus sûrement que la mise en cause du défendeur, ils empêcheraient de prendre la mesure de constat en temps utile.

Si nous examinons la question à un autre point de vue, c'est-à-dire en analysant la situation faite à chaque partie intéressée par l'arrêté, nous aboutirons à la même solution, soit quant à l'opposition, soit quant à l'appel.

1° *Peut-il y avoir opposition?*

Il faut répondre, sans aucun doute, négativement. L'opposition ne se comprendrait pas.

L'article 24 parle d'un simple « avis au défendeur éventuel », il écarte expressément le débat contradictoire et n'admet pas qu'il y ait ici de parties en cause : le défendeur n'est qu'« éventuel » et n'est pas

mis en cause. Comment dès lors pourrait-il faire défaut puisqu'il n'est pas convoqué?

Comment pourrait-il faire opposition à cette mesure de constat alors que sa présence n'est nécessaire ni à l'audience où la décision est prise, ni sur le terrain où opérera l'expert? La loi décide que ce défendeur éventuel ne sera averti qu'une fois la mesure décidée, par une simple notification n'ayant pas le caractère d'une mise en cause, sans qu'il soit indispensable d'indiquer à quelle date exacte elle sera exécutée. Au moment où il est avisé, la décision est définitive et en fait le constat peut déjà être terminé (1). Remarquons d'ailleurs que là où cette voie de recours est autorisée en matière administrative, la loi le dit expressément : il en est ainsi en matière de taxe des frais d'expertise (article 23). Il faut donc appliquer ici le droit commun, c'est-à-dire l'article 809 du Code de Procédure civile qui déclare que « les ordonnances sur référé ne sont pas susceptibles d'opposition ». (Dans ce sens également, la Circulaire ministérielle du 31 juillet 1890).

2° *Peut-il y avoir appel.*

M. Brémont a admis l'affirmative pour le défendeur, dans son étude sur la loi du 24 juillet 1889, — écrite, il est vrai, peu après le vote de la loi. En faveur de cette thèse on peut soutenir, en effet, que la

(1) C. de Préf. de la Seine, 20 août 1889. Société générale des Téléphones. C. E., 24 juillet 1891 ; D., 93,3,4.

loi n'ayant rien dit, il y a lieu d'appliquer les règles générales de la procédure administrative qui admettent en principe le droit d'appel.

Pour le demandeur, au contraire, M. Brémont estimait qu'il n'avait pas le droit de faire appel contre la décision du Président refusant de prescrire le constat : si celui-ci est tenu d'observer certaines règles pour l'accorder, il aurait en revanche un pouvoir discrétionnaire pour le refuser et sa décision serait sans appel.

L'opinion de M. Brémont n'est pas partagée par les autres auteurs et, si l'on fait toujours une distinction à ce sujet entre les droits du demandeur et ceux du défendeur, on est en général d'accord pour, au contraire de M. Brémont, refuser, en principe, le droit d'appel au défendeur, tandis que certains l'accordent au demandeur.

La distinction faite à ce sujet entre le demandeur et le défendeur est logique. Leur situation, est en effet différente. Le constat des faits litigieux est une mesure d'instruction qui, si certaines conditions sont remplies, est utile à la bonne marche du procès éventuel. C'est lui qui permettra au juge de décider des droits de chacun en pleine connaissance de cause. Il est de l'intérêt de la justice qu'il y soit procédé avant que, ces faits disparaissant, une expertise régulière devienne impossible. On concevrait même qu'en cette matière le Président pût agir d'office ou sur demande du Ministère public.

Quel rôle joue ici le demandeur ? Il signale au Président qu'un procès sera intenté prochainement par lui et qu'il y a lieu de prendre dès maintenant

des mesures pour établir comment se présentent les faits litigieux, que le temps et certaines circonstances pourraient dénaturer au point d'en rendre l'appréciation ultérieure par le juge impossible.

Si le Président ne fait pas droit à la requête du demandeur, il semble que l'on doive admettre que celui-ci ait le droit de faire appel contre l'arrêté de refus. Sans doute on dira que c'est un acte de juridiction gracieuse ou un acte discrétionnaire du juge contre lequel aucun recours ne serait possible. Mais rappelons-nous qu'avant 1873 le constat était demandé au Préfet en tant qu'administrateur et que s'il refusait de l'ordonner, l'intéressé avait la possibilité d'un recours, le recours hiérarchique au Ministre. Lorsqu'en 1873 ce pouvoir fut reconnu au Conseil de Préfecture, le demandeur victime d'un refus avait encore la ressource de l'appel au Conseil d'Etat, suivant le droit commun. Pourquoi dès lors, sous le régime de la loi de 1889 qui a voulu donner toutes facilités pour l'emploi de cette procédure d'urgence, serait donc supprimée pour l'intéressé la possibilité de vaincre la résistance du Président à lui donner satisfaction ? Ce serait une conséquence peu libérale, d'une réforme libérale.

Aussi admettons-nous en théorie la possibilité de l'appel pour le demandeur (1).

(1) Dans un arrêt du 15 nov. 1914, le Conseil d'Etat a admis l'appel du demandeur (C. E. Comp. gén. des Eaux. S. 1914, 3. 75). Mais il a refusé le constat parce qu'il n'y avait pas urgence. Cela montre bien que l'appel sera inutile le plus souvent parce que de deux

Cet appel serait porté devant le Conseil d'Etat dans les délais ordinaires. Telle était la solution donnée par le Conseil d'Etat alors que le référé administratif n'était pas encore organisé par la loi de 1889 (C. E., Bouteaud, 28 mai 1886, Lebon, p. 468).

Il ne pourrait être question, en effet, de le porter devant le Conseil de Préfecture, pas plus qu'en matière civile, l'appel de l'ordonnance du Président n'est porté devant le Tribunal (Cass., 26 nov. 1867). « Il serait aussi contraire à la dignité de la justice qu'à l'ordre de juridiction qu'un tribunal pût être rendu juge de la légalité des actes du magistrat qui est placé à sa tête ».

Maintenant est-il de l'intérêt du demandeur de faire appel devant le Conseil d'Etat contre la décision qui le déboute? Certainement non. Devant cette haute juridiction, le recours entraînera des frais ; des lenteurs surtout, qui feront que, au moment où le constat sera accordé, il n'aura plus aucune utilité, les lieux et choses à constater ayant changé d'aspect.

Mieux vaudra pour lui d'introduire, aussitôt et directement, une instance sur le fond du procès devant le Conseil de Préfecture et, au cours de cette instance, demander une expertise régulière. Sans doute, cette expertise risque, comme nous l'avons dit, d'arriver trop tard et c'est pour cela qu'on a senti la nécessité d'organiser la procédure d'urgence dont nous nous occupons. Mais elle a toute

1

choses l'une : ou bien il y avait urgence, et l'arrêt du Conseil d'Etat arrive trop tard, ou bien il n'y avait pas urgence et le Conseil d'Etat refusera le constat.

chance, cependant, d'être faite avant le moment où le constat pourrait être prescrit par le Conseil d'Etat sur appel contre le refus du Président. Et les frais seront également moindres avec cette solution.

D'ailleurs le demandeur conserve toujours la faculté, dont nous avons parlé plus haut, de faire procéder, à ses risques et périls, à un constat par huissier. Si ce constat n'obtient pas devant le Conseil de Préfecture tout le crédit d'un constat de l'art. 84, il n'en constitue pas moins une présomption appréciable, surtout étant donnée cette circonstance particulière du refus par le Président d'y faire procéder régulièrement.

— *Le défendeur a-t-il le droit de faire appel?* —

Posée ainsi la question serait compliquée du fait que le défendeur est théoriquement une personne qui a été citée devant un tribunal et qui a besoin d'être protégée par la loi dans la défense de ses droits. Notre législation a toujours posé en principe qu'un défendeur a le droit de faire appel contre le jugement qui le lèse dans ses intérêts.

Mais ces conditions se trouvent-elles remplies dans la question qui nous occupe? Y a-t-il un défendeur véritable? Et ce défendeur peut-il être lésé dans ses intérêts par l'arrêté de constat pris par le Président du Conseil de Préfecture?

1° Y a-t-il un défendeur? Non. Il n'y a qu'un défendeur éventuel, c'est-à-dire une personne qui aura la situation de défendeur lorsque sera ouvert le procès au fond. Jusqu'à ce procès, en vue duquel elle sera régulièrement citée, elle n'aura aucun droit

à faire valoir car elle n'est pas partie en cause. Ce défendeur éventuel n'a donc aucune qualité pour faire appel contre l'arrêté du Président.

Avant la loi de 1889, la situation n'était pas la même. La procédure des constats avait été organisée suivant la procédure ordinaire des Conseils de Préfecture : la mesure n'était ordonnée qu'après un véritable procès où le défendeur était régulièrement mis en cause.

Des arrêts du Conseil d'Etat du 28 mai 1886 et du 16 décembre 1887 avaient, semble-t-il, reconnu aux arrêtés de constat une valeur de véritables jugements interlocutoires, par conséquent susceptibles d'appel.

Aujourd'hui, depuis la loi de 1889, l'arrêté de constat est pris sans qu'il y ait eu débat contentieux et la personne qui aura plus tard la qualité de défendeur, n'a pas le droit de faire appel (1). Si nous accordons un recours à celle qui se voit refuser le constat qu'elle a requis, il s'agit moins là, semble-t-il, d'un véritable recours contentieux, comme l'est essentiellement l'appel, que d'une espèce de recours hiérarchique. Il est visible, en effet, que la mesure de constat, qu'elle soit prescrite par un administrateur comme le Préfet ou par un juge comme le Président du Conseil de Préfecture n'en conserve pas moins le caractère d'acte d'administration. Ce n'est pas, en effet, un acte de juridiction, c'est-à-dire un acte par

(1) Nous supposons toujours que l'arrêté du Président conserve son caractère de décision gracieuse. Il perdrait ce caractère, si, violant les règles que nous avons développées plus haut, il était de nature à léser les droits des intéressés. Ceux-ci recouvreraient alors leur droit d'appel.

lequel un juge dit le droit pour départager deux parties en litige, puisque, non seulement, il ne doit contenir aucune solution de droit, mais encore il est décidé sur la demande d'une seule personne sans que celle-ci ait encore un adversaire déclaré.

D'autre part on ne peut pas dire non plus que c'est une mesure d'instruction, puisque le procès n'est pas encore ouvert.

Donc nous concluons que s'il s'agit ici d'un acte de juridiction gracieuse, le juge a pourtant le rôle d'un administrateur et le recours contre sa décision, analogue à un recours hiérarchique, ne peut être ouvert qu'à la personne qui a demandé que la décision soit prise.

2° Le défendeur éventuel peut-il être lésé dans ses intérêts par l'arrêté de constat ?

Si cet arrêté a été pris en observant les règles qui ont été fixées par la jurisprudence du Conseil d'Etat, il ne portera certainement atteinte à aucun droit. Nous savons, en effet, que cet arrêté doit se contenter de prescrire un constat ne comportant aucune appréciation des droits respectifs des parties, respectant, en somme, la règle, applicable à toute décision sur référé, de ne porter aucune atteinte au principal. Les droits du défendeur éventuel seront donc toujours sauvegardés et il n'aura aucun intérêt actuel à invoquer pour demander au Conseil d'Etat de réformer l'arrêté du Président.

Le Conseil d'Etat, avons nous dit, avait admis avant 1889 la faculté d'appel pour le défendeur. Par deux arrêts il avait jugé, en effet, que « l'arrêté ordonnant une constatation d'urgence, préalable-

ment à toute action, ne constitue pas une décision purement préparatoire et est susceptible d'être déféré au Conseil d'Etat » (C. E. Minist. des Travaux Publics, 28 mai 1886. — Legrand, 16 décembre 1887).

Comment pouvons-nous expliquer cette solution ? D'abord nous pouvons y voir un reflet de l'indécision où l'on était alors sur le caractère de l'arrêté ordonnant le constat. En l'absence de texte, on appliquait au référé administratif la règle en vigueur devant les tribunaux civils et d'après laquelle les jugements de référé sont susceptibles d'appel toutes les fois que la matière le comporte.

D'autre part, si nous examinons les arrêts cités plus haut, nous remarquons que les arrêtés attaqués ne se contentaient pas d'ordonner une mesure purement conservatoire, comme le ferait un jugement préparatoire : ils contenaient d'autres dispositions qui pouvaient les faire considérer comme des arrêtés interlocutoires, susceptibles par conséquent d'être l'objet d'un recours en appel.

Nous ne pouvons donc pas affirmer que la jurisprudence ait changé d'avis sur ce point.

Mais admettons que le droit d'appel ait existé avant la loi de 1889 : est-ce que nous pouvons dire que, de par cette loi, le défendeur a été privé d'une garantie de ses droits ? L'arrêté, avant 1889, était pris par le Conseil de Préfecture, tout entier. Le plaideur n'avait donc pas la garantie qu'il possède actuellement, du fait que, si l'arrêté est pris par le Président seul, il aura possibilité de le critiquer devant le Conseil de Préfecture lorsque l'affaire sera jugée au fond et que compte pourra être tenu de ses

conclusions dans le jugement sur le fond. Le procès au fond est maintenant l'occasion de vérifier la légalité, l'opportunité de l'arrêté de constat : si cet arrêté a été pris irrégulièrement, le Conseil de Préfecture pourra ne pas en tenir compte. Et ceci constitue une garantie qui est une sérieuse compensation à la privation du droit d'appel.

Donc en fait, sinon en droit, la question de droit de faire appel n'a plus aucun intérêt depuis que ce n'est plus le même tribunal qui prend l'arrêté de constat et l'arrêté sur le fond du litige.

Dans l'intérêt de la bonne justice, il est bon que cette solution ait prévalu. Le but de la loi, on le voit dans le rapport de M. Clément, est de faire de cette procédure de constat, une procédure vraiment rapide, d'écarter toutes les causes de retard. Or le défendeur serait facilement tenté de faire appel contre l'arrêté du Président ; cette mesure ayant, en général, pour but de fixer les bases d'une demande d'indemnité dirigée contre lui, il aurait souvent intérêt à la retarder jusqu'au moment où elle serait inopérante. Le Conseil d'Etat a déjoué ce calcul et interprété justement l'article 24 en décidant que « l'arrêté du Président constitue une mesure préparatoire ne pouvant préjudicier aux droits des parties et l'appel formé contre cet arrêté doit être rejeté ». (C. E. 24 juillet 1891, S^{ie} G^{ie} des Téléphones, D. 93, 3, 4).

Nous devons remarquer que dans cet arrêté le Conseil d'Etat ne déclare pas le pourvoi irrecevable, reconnaissant ainsi que l'arrêté n'échappe pas à tout recours : il ne refuse le droit d'appel que parce que

l'arrêté ne peut pas préjudicier au droit des parties. c'est encore l'application de la règle générale qui admet le droit d'appel contre les ordonnances du juge des référés quand la matière le comporte.

Quelle solution devrions-nous donc adopter quant à un arrêté qui causerait un préjudice aux intéressés, par exemple s'il contenait appréciation de leurs droits?

Nous n'avons, en effet, raisonné jusqu'ici que dans l'hypothèse où le Président a respecté les règles qui délimitent l'étendue de ses pouvoirs, c'est-à-dire : 1° que les faits qu'il a ordonnés de constater sont de nature à motiver une demande en justice; 2° que le procès éventuel est de la compétence du Conseil de Préfecture; 3° que son arrêté ne préjugerait en rien le fond du droit et ne donnait pas à l'expert une mission excédant les pouvoirs spéciaux de celui-ci en matière de constat.

Quelle serait la sanction dans le cas où ces règles n'auraient pas été observées?

1° *Les faits constatés n'étaient pas de nature à motiver une demande en justice.* — Qui pourrait réclamer contre cette irrégularité? Ce ne peut être le demandeur, puisque c'est lui qui avait demandé la mesure. Si aucune réclamation n'est faite ultérieurement devant le Conseil de Préfecture, s'il supporte finalement les frais du constat, il n'a à s'en prendre qu'à lui-même. Le Président du Conseil de Préfecture ne peut être rendu responsable si l'affaire n'a pas été poursuivie : tout au plus pourrait-il être cri-

tiqué de n'avoir pas fait consigner à l'avance les frais du constat.

Le défendeur éventuel ne peut pas davantage arguer de cette irrégularité, car il n'a aucun intérêt n'ayant pas été mis en cause. N'ayant pu discuter l'opportunité du constat, les frais ne sauraient jamais lui être imputés.

Cette règle s'impose donc au Président comme guide dans son rôle de juge des référés, mais n'a pas de sanction.

2° Le litige éventuel n'était pas de la compétence du Conseil de Préfecture. — Ainsi, ce serait le cas le plus fréquent, le Président a fait une erreur dans l'application des règles de compétence de ce Conseil et a ordonné le constat dans une affaire qui ressortissait au fond de la compétence du Conseil d'Etat.

Le constat a été fait à la requête du demandeur : celui-ci aura-t-il intérêt à soutenir que l'arrêté du Président lui cause préjudice et à faire appel ? N'oublions pas que le juge d'appel serait précisément le Conseil d'Etat, le plus souvent, qui pourra toujours apprécier l'arrêté de constat dans son jugement au fond, sans qu'il y ait lieu de faire un recours spécial sur ce sujet. Et puis si ce constat irrégulier n'est pas accepté par le Conseil d'Etat comme ayant la même force probante qu'il aurait eue devant le Conseil de Préfecture, le demandeur a-t-il subi un préjudice ?

La procédure des constats d'urgence ne peut pas être employée devant le Conseil d'Etat : aucun texte ne l'a encore organisée. Le demandeur, s'il n'y avait

pas eu l'erreur de compétence, aurait donc été privé de la possibilité de faire établir, de façon authentique, la situation matérielle des faits qui motivent son recours au Conseil d'Etat. Sans doute le constat fait irrégulièrement n'aura qu'une valeur relative, le défendeur ne manquera d'en opposer la nullité, mais il s'en faut qu'il n'ait aucune valeur : il aura au moins la même force probante qu'un constat fait par un huissier n'agissant pas en vertu d'une ordonnance du juge (1). Moralement, sinon légalement, sa valeur sera plus grande parce que le Conseil d'Etat aura là un document dont il ne pourra suspecter la sincérité puisqu'il a été fait sur l'ordre d'un juge qui a désigné impartialement l'expert chargé de l'établir.

Que peut faire d'autre part le défendeur ? Il prétendra dans ses conclusions devant le Conseil d'Etat que l'arrêt du Président est nul, que le constat n'a pas plus de valeur que si l'expert avait été choisi par le demandeur lui-même. Le Conseil d'Etat sera amené à déterminer la valeur à attribuer à ce constat.

Mais il n'y aura pas d'appel, à proprement parler, sur cette question qui ne sera qu'un élément accessoire de l'arrêt sur le fond du litige. Remarquons que si le défendeur éventuel avait qualité pour faire appel, il n'obtiendrait pas dans cette hypothèse, un autre résultat que celui qu'il obtiendra, à moins de frais, par ses conclusions dans le procès au fond.

(1) Voir sur la force probante des constats d'huissier. Toulouse, 7 juin 1911, D. 1912, 2, 297 et la note de M. Magnol.

3° *L'arrêté du Préfet tranche une question de droit qui doit appartenir au jugement sur le fond* (il ordonne une mesure d'exécution) *ou il donne à l'expert une mission qui excède ses pouvoirs* (par exemple, il lui donne mission d'apprécier le dommage, de dire à qui incombe la responsabilité). Dans ce cas, à la différence des deux précédents, l'arrêté peut causer un préjudice réel aux droits des parties. D'autre part, le jugement sur le fond sera rendu cette fois, non par le tribunal qui pourrait être le juge d'appel, mais par le Conseil de Préfecture qu'on peut croire peu disposé à réformer une décision de son Président.

Du côté du demandeur, on ne voit pas qu'il puisse venir un recours en appel, car le Président n'a statué que sur la demande qu'il a exposé dans sa requête ou sur les conclusions qu'il aura déposées à l'audience de référé. Il ne peut donc avoir été lésé.

Quant au défendeur qui, lui, risque vraiment de subir un préjudice, de deux choses l'une : ou bien il a participé aux opérations du constat sans faire de réserve, et dans ce cas il a implicitement renoncé à en contester l'irrégularité (1), ou bien il n'y a pris aucune part.

Dans cette dernière hypothèse nous estimons, d'une part, qu'il n'a le droit de faire appel que dans le cas où l'arrêté du Président lui cause un préju-

(1) C. E. 11 mars 1887. D. 89, 5, 235-236 et C. E. 22 mars 1889, D. 89, 3, 68.

dice (1) et, d'autre part, qu'il peut faire valoir ses droits, parer au danger que cet arrêté peut faire courir à ses intérêts, en plaidant sur cette question devant le Conseil de Préfecture au moment de l'instance au fond. Il soutiendra qu'il ne faut retenir, dans le rapport de l'expert, que la partie qui constate et que le Conseil de Préfecture ne peut baser sa décision sur la partie de ce rapport qui apprécie ; pour apprécier, il faut, en effet, une expertise contradictoire que le Président n'avait pas le pouvoir d'ordonner.

Il repousserait de même les appréciations portées par l'expert, spontanément, sans avoir été mandaté à cet effet par l'arrêté du Président (2).

En présence de ces conclusions, le Conseil de Préfecture y fera droit ou les rejettera dans son arrêté sur le fond. Et c'est alors cet arrêté sur le fond que le défendeur pourra attaquer en appel devant le Conseil d'Etat, qu'il saisira ainsi de l'irrégularité du constat.

La même solution doit être envisagée pour le cas où le Président a statué alors qu'il n'y avait pas urgence. Cette irrégularité pourra de même être convertie par les conclusions des parties et le défendeur

(1) Le Conseil d'Etat semble avoir admis le contraire dans l'arrêt. Société du Coudiat-Aty, 29 nov. 1904, Lebon, p. 842 et dans l'arrêt Min. des Tr. Publics, 7 juillet 1905, p. 626. — Mais dans ces espèces, le défendeur était réellement lésé par l'arrêté de constat.

(2) Mais il va sans dire que cette règle n'étant pas d'ordre public, le défendeur ne pourrait arguer plus tard de cette irrégularité, s'il l'avait couverte par ses conclusions dans l'instance au fond.

s'il ne veut pas accepter le constat fait dans ces conditions n'a que deux ressources. 1° invoquer cette irrégularité devant le Conseil de Préfecture quand il plaidera sur le fond, et si le Conseil lui donne raison il n'aura pas, quelle que soit l'issue du procès, à payer les frais du constat ; 2° si le Conseil décide au contraire que l'urgence était suffisante, attaquer en appel l'arrêté sur le fond devant le Conseil d'Etat où il conclura de nouveau à la nullité du constat.

Remarque. — Dans la procédure civile où l'expertise « *in futurum* » peut être ordonnée sur simple requête, c'est-à-dire sans assignation de la partie adverse, la question des recours ouverts à celle-ci est très controversée. Cette partie adverse peut en effet être lésée puisqu'aucun texte n'oblige le juge à limiter la mission de l'expert à un simple constat sans appréciation. Or s'il apprécie, il peut porter préjudice. La doctrine refusait tout recours parceque c'est un acte discrétionnaire : mais la jurisprudence a toujours admis un recours toutes les fois qu'il y a un préjudice causé. Ce recours, c'est la faculté de faire oppositions par la voie du référé. (Cassation, 3 avril 1895, S. 95, 1, 221). Le même juge statue alors, non plus sur requête, mais en état de référé, c'est-à-dire après débat contradictoire. La mesure peut donc être prise d'urgence quand-même.

En matière administrative ce recours rapide est impossible puisqu'il n'y a pas deux procédures d'urgence à employer successivement.

CHAPITRE IV

Critique de la réforme faite en 1889 **Ses caractères généraux**

Pour bien juger l'œuvre des auteurs de la loi de 1889, il faut évidemment se reporter à l'époque où cette loi fut faite. Aujourd'hui elle nous apparaît, quant au sujet qui nous occupe, bien insuffisante en raison des besoins nouveaux qui se sont créés ; en raison surtout de l'évolution des idées sur certains problèmes politiques et administratifs, évolution qui se traduit par des modifications dans les rapports entre l'administration et les administrés.

Mais en 1889 ce pouvoir nouveau accordé au Président du Conseil de Préfecture marquait déjà un progrès dans l'organisation de la procédure administrative pour ceux qui désiraient la voir ressembler le plus possible à la procédure civile, et, d'autre part cette institution était bien adéquate aux conditions politiques et administratives du moment.

Elle marquait un progrès dans l'organisation de la procédure administrative. N'oublions pas en effet que jusqu'en 1865 le Conseil de Préfecture n'était qu'un donneur d'avis et que, même après le moment où on

lui donna des pouvoirs propres de juridiction, l'idée de confier un de ces pouvoirs, si mince soit-il, à un Conseiller de Préfecture, jadis simple subordonné du Préfet, pouvait sembler audacieuse et paraître commencer le démembrement de l'autorité préfectorale. On savait en effet que le Préfet n'exerçait plus en fait son droit nominal de Présidence du Conseil de Préfecture et, malgré que les Conseillers de Préfecture fussent nommés comme des administrateurs, on était fondé à penser que, jugeant au nom du Peuple français, ils s'attacheraient à juger avec la conscience du véritable juge.

Nous ne reviendrons pas sur l'évolution de cette procédure des constats, dont nous avons marqué les étapes, qui manifestent le souci de décider le plus vite possible tout en restant dans les conditions légales. Au point de vue de la rapidité de la décision, nous pouvons dire que la loi de 1889 donne toute satisfaction puisqu'elle a supprimé le débat contradictoire qui, dans le système précédent, était nécessaire vu l'état de la législation, mais entraînait des longueurs, sans fournir plus de véritables garanties aux parties intéressées. C'est donc une procédure rapide et commode qui est mise ainsi à la disposition des particuliers.

D'autre part cette réforme cadrerait bien avec les conditions de la vie politique et administrative au moment où elle a été faite. Nous verrons que, très vite, elle a été jugée insuffisante; mais, en 1889, pouvait-on donner au Président du Conseil de Préfecture une compétence générale en matière de référés comme celle que le Code de Procédure accorde au Président du Tribunal civil ?

Il aurait fallu lui donner le pouvoir d'arrêter provisoirement, dans certains cas, l'exécution d'actes administratifs. Or, en 1889, la France sortait à peine d'une crise politique qui avait troublé tout le pays. Le Gouvernement s'appuyant sur une majorité parlementaire qui ne craignait pas d'agir en despote à l'encontre de la minorité, édictait une série de mesures contre les congrégations religieuses et faisait fermer, par de simples décrets, leurs établissements. La légalité de ces décrets étant contestable et des droits de propriétés étant violés par leur exécution, les intéressés eurent recours aux tribunaux pour s'opposer à ces actes administratifs et c'est au juge civil des référés qu'ils s'adressèrent pour prendre les mesures urgentes. Ce n'est qu'après de vives luttes de compétence que le Gouvernement réussit à faire triompher devant le Tribunal des conflits le principe d'après lequel l'administration conserve le bénéfice de l'exécution provisoire de ses actes, sans pouvoir être arrêtée par un jugement réglant les questions provisoires comme celles du droit de possession : quant au droit du propriétaire il ne peut être garanti que par un jugement sur le fond. C'était la condamnation des prétentions des juges de référés qui avaient voulu mettre en échec l'action administrative.

On conçoit que cette juridiction ait, dès lors, été assez mal vue par les pouvoirs publics et que ceux-ci n'aient pas été tentés de créer, dans la juridiction administrative, une autorité exerçant les mêmes pouvoirs que le juge civil des référés et pouvant,

elle aussi, faire échec à l'exécution de mesures politiques accomplies par la voie administrative (1).

C'est pourquoi nous voyons, dans la discussion de la loi au Sénat, le rapporteur M. Clément s'appliquer à bien délimiter le pouvoir très restreint accordé au Président du Conseil de Préfecture et ne prononçant jamais le mot de « référé ».

« La juridiction exceptionnelle du Président du Tribunal civil, dit-il, n'a été étendue par aucune loi soit au Préfet, soit au vice-Président du Conseil de Préfecture et nous ne pensons pas qu'il y ait lieu de réclamer cette extension. » — « Le Président n'a pas d'autre pouvoir que celui de faire procéder à une constatation urgente quand elle est réclamée. Il ne peut rendre aucune décision provisoire sur le litige; il ne peut pas arrêter provisoirement l'exécution des mesures prescrites par l'administration. Un pouvoir de cette nature pourrait avoir de grands inconvénients ». « Il est sage de s'en tenir là. » Et lorsque le Sous-Secrétaire d'Etat à l'Intérieur, M. Léon Bourgeois, lui demandait : « Le référé tel qu'il est organisé par l'article 806 du Code de Procédure ne pourrait-il être introduit en matière administrative? Il y a le cas des titres exécutoires, prévu par l'article 806, dont l'exécution pourrait donner lieu, peut-être dans certaines hypothèses, à une intervention du Président? » M. Clément répondait : « Je ne vois

(1) Voir sur cette question une étude de M. Berthélemy « *Exercice de la souveraineté par l'autorité administrative* » Revue de droit public, 1904, p. 209.

pas en ce moment de cas dans lequel un titre exécutoire pourrait être présenté au Président du Conseil de Préfecture et à propos duquel on aurait le droit de solliciter de lui une ordonnance statuant provisoirement sur les difficultés d'exécution qui viendraient à s'élever. Peut-être y a-t-il des cas possibles, mais nous croyons qu'une juridiction de cette nature ne saurait entrer dans la compétence du Conseil de Préfecture ».

L'intention du législateur apparaît là nettement. Il s'agissait de sauvegarder l'indépendance de l'administration; et cette indépendance, peut-être voulue pour assurer l'exécution des mesures politiques décidées par la majorité au pouvoir, était aussi, il faut le reconnaître, nécessaire pour assurer une armature solide qui devait permettre au Gouvernement de mieux résister aux manœuvres des adversaires du régime républicain.

Donc, si peu importante que soit cette question de procédure qui nous occupe, on voit que des nécessités politiques s'opposaient à ce qu'elle fut résolue dans le sens de l'assimilation avec la procédure civile des référés.

— L'organisation de la juridiction administrative et l'esprit avec lequel on comprenait sa compétence ne permettait pas non plus de faire à ce moment-là une réforme plus importante.

Pour transporter, dans le domaine administratif la procédure des référés telle qu'elle existe en matière civile il aurait fallu l'organiser auprès du Tribunal de droit commun. Or quel était le tribunal ad-

ministériel qui, en 1889, pouvait être considéré comme le juge de droit commun?

Le Conseil de Préfecture a l'avantage d'être le plus rapproché des justiciables : mais la loi du 28 pluviôse an VIII en donnant une liste limitative des cas où il est compétent, ne lui a donné qu'une compétence d'attribution.

Le Conseil d'Etat était bien en 1889 considéré comme le juge en premier ressort quant au contentieux du recours pour excès de pouvoir, mais pour le contentieux ordinaire il était encore admis qu'il n'était que juge d'appel, le rôle de juge de droit commun en premier ressort demeurant réservé au Ministre.

Sans doute une évolution se poursuivait tendant à faire considérer le Conseil d'Etat comme juge de droit commun, mais au moment où la loi sur la procédure des Conseils de Préfecture fut votée, le travail de jurisprudence n'avait pas encore abouti à un résultat définitif puisque ce n'est que le 13 décembre 1889, par l'arrêt Cadot, que le Conseil d'Etat a affirmé sa compétence de juge de droit commun en premier ressort.

On ne pouvait songer à investir le Ministre des fonctions de juge des référés administratifs : cela n'a pas besoin d'être démontré. L'organisation même de la juridiction administrative ne permettait donc pas d'organiser une procédure des référés administratifs.

— Est-ce à dire que l'œuvre du législateur de 1889 est à l'abri de tout reproche? Non; nous l'avons déjà constaté en commentant les dispositions de l'article 24 : nous avons même remarqué une certaine né-

gligence dans la préparation du texte définitif puisqu'un dernier paragraphe a été ajouté au texte du projet sans que l'on ait songé à modifier le reste de l'article pour le mettre en harmonie avec l'amendement. De même nous regrettons que l'on n'ait pas prévu la question des recours.

Nous reprocherons aussi à l'article 24 de ne donner au Président le pouvoirs d'ordonner un constat que dans les affaires de la compétence du Conseil de Préfecture; si le litige doit être jugé au fond par une autre juridiction administrative, l'article 24 ne s'applique pas. Or, le juge de droit commun est le Conseil d'Etat qui est généralement très loin des plaideurs et devant lequel la procédure des constats urgents n'a pas été organisée. Comme l'a fait observer M. Brémont « il semble que plus le tribunal est loin, plus grand est le danger pour la partie de voir s'évanouir les preuves de sa demande et plus utile serait le remède offert par notre loi ». Il y aurait grand intérêt à ce que toute personne qui va entamer un litige devant la juridiction administrative puisse, avant que l'on ait pu déterminer quel est le tribunal compétent, faire constater les faits sur lesquels il appuiera la démonstration de ses droits. Le Président du Conseil de Préfecture est de tous les juges administratifs le plus accessible et il était logique que l'on donnât la même force probante à tous les constats ordonnés par lui, quel que soit le tribunal compétent sur le fond.

Peut-on dire qu'il y avait danger à ce que les Conseils de Préfecture empiétassent sur les attributions des autres tribunaux administratifs? Avec des pou-

voirs aussi limités que ceux accordés au Président, il n'y avait rien à craindre de ce chef.

Un motif plus sérieux de la limitation de la compétence du Président venait du défaut de texte fixant de façon précise les cas où la juridiction administrative est compétente. La compétence du Conseil d'Etat était extrêmement mouvante, elle l'est encore; le tribunal étend sans cesse le domaine de la juridiction administrative aux dépens de celui des tribunaux ordinaires. Il serait bien difficile parfois pour un Président du Conseil de Préfecture (recruté comme il l'est encore aujourd'hui) de deviner si le Conseil d'Etat se déclarera compétent. Il est délicat de lui confier cette appréciation : s'il prescrit un constat dans une affaire qui est reconnue, par la suite, être de la compétence des tribunaux ordinaires, il entraîne un conflit de compétence, des frais; des retards surtout; on sait, en effet, que le conflit de compétence ne peut pas être résolu directement, puisqu'on ne peut élever le conflit devant les tribunaux administratifs et on sait aussi que le constat prescrit par le juge administratif n'a, aux yeux du juge civil, qu'une valeur très relative.

L'intervention du Président risquerait donc dans certains cas d'être malencontreuse. On peut soutenir cependant que dans tous les cas où la jurisprudence du Conseil d'Etat s'est fixée sans aucun doute possible, cette intervention devrait toujours être permise, quel que soit le tribunal administratif compétent sur le fond.

Un autre grief, fait par M. Brémont à l'article 24, est de ne prévoir qu'une seule mesure de constata-

tion : l'expertise, et de ne pas autoriser l'enquête dans les mêmes conditions. Il semble, en effet, qu'il n'y ait pas plus d'inconvénients pour l'enquête que pour l'expertise. Sans doute on pourra obtenir l'enquête du tribunal, mais il est évident que le Président irait beaucoup plus vite et, de plus, le droit pour le Conseil de Préfecture d'autoriser des enquêtes *in futurum* est très contesté.

A vrai dire il semble qu'il n'y ait pas, en général, autant d'urgence pour une enquête que pour une expertise. Alors que dans ce dernier cas on craint que la nature ne fasse disparaître les preuves matérielles d'un droit à invoquer, lorsqu'il s'agit d'une enquête le danger d'en voir disparaître les éléments semble moins grand ; si quelquefois il y a le risque de voir mourir une des personnes qu'il était utile d'interroger, en général on peut recueillir, même après un certain temps, les témoignages nécessaires.

Peut-on dire que la loi de 1889 a créé une véritable juridiction des référés ?

Nous en avons assez dit sur la portée de l'article 24 pour que l'on pense que l'œuvre est encore à faire et que l'expression de « référé administratif », employée couramment, est impropre.

Peut-on assimiler, en effet, les pouvoirs du Président du Conseil de Préfecture usant des pouvoirs de l'article 24 à ceux du Président du Tribunal civil jugeant en référé ?

L'article 806 du Code de procédure détermine la compétence du juge civil des référés. « Dans tous les

cas d'urgence ou lorsqu'il s'agira de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement ».

Il est donc compétent dans tous les cas d'urgence, quelles que soient les mesures à prendre, à la seule condition indiquée à l'article 809 de ne faire « aucun préjudice au principal ». Et, sous cette réserve, les mesures qu'il prend n'ont pas forcément un effet provisoire : elles peuvent avoir un effet définitif.

Le Président du Conseil de Préfecture, s'il est tenu d'observer les mêmes conditions d'urgence et de non-préjudice au principal, ne peut décider qu'une seule chose : le constat d'un état de lieux ou de choses. Toutes les autres mesures à prendre, et qui pourraient au civil faire l'objet d'un référé, restent soumises au Conseil de Préfecture dont les pouvoirs restent entiers et qui apprécie l'opportunité d'une décision urgente.

Etant donné la multitude de cas où, à raison de l'urgence, s'exerce la juridiction du juge civil des référés, surtout à Paris, on voit quelle différence il y a entre les domaines d'action de ces deux magistrats.

Le juge civil a également compétence pour statuer « lorsqu'il s'agira de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement ». A ce titre il a compétence pour toutes les contestations se rattachant à des actes d'exécution : saisies diverses, contrainte par corps, que le titre exécutoire soit un jugement ou un acte notarié. Dans ce cas là il est compétent, d'après la majorité des auteurs, même s'il n'y a pas urgence. Et

si la jurisprudence ne lui accorde généralement que le droit de faciliter l'exécution, en levant les difficultés qui s'y opposent, la majorité des auteurs (notamment M. Glasson et MM. Garsonnet et César-Bru) lui donnent aussi le pouvoir d'arrêter provisoirement l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement dans tous les cas où son tribunal pourrait le faire.

C'est là un pouvoir qui, transporté entre les mains du Président du Conseil de Préfecture, donnerait à celui-ci une importance considérable, puisqu'il pourrait arrêter provisoirement l'exécution des décisions de l'administration. Mais nous avons vu que les auteurs de la loi de 1889 avaient jugé ce pouvoir trop dangereux et ne le lui avaient donné à aucun degré. Le Président n'a même pas compétence pour trancher les difficultés relatives à l'exécution des arrêtés du Conseil de Préfecture, puisque celui-ci ne peut pas lui-même en connaître.

Pouvons-nous voir du moins une analogie entre le référé civil et l'arrêté pris en vertu de l'article 24, quant à la procédure suivie ?

Dans le référé civil la loi exige une instruction contradictoire, le défendeur est assigné, et un débat contentieux se déroule (art. 808 du Code de Pr.)

Au contraire l'article 24 de la loi de 1889 supprime le débat contradictoire qui était prévu dans le projet de loi et qui était de règle dans le système des constats d'urgence organisé par la jurisprudence avant cette loi. Si celle-ci parle du défendeur, c'est seule-

ment pour ordonner qu'on lui donne avis de l'arrêté rendu par le Président du Conseil de Préfecture.

Contre l'ordonnance du juge des Référés, appel peut être interjeté, lorsque l'affaire le comporte (s'il y a eu discussion entre les parties adverses et non pas un simple donné acte de leur consentement), et dans ce cas il est prévu que l'appel sera jugé sommairement et sans procédure (article 809 du Code de Pr.). Dans le cas de l'article 24, nous avons vu dans quelle minime mesure on peut admettre la faculté d'appel, et lorsque ce recours est possible, il est jugé par le Conseil d'Etat suivant la procédure ordinaire puisqu'aucune procédure sommaire n'a été prévue pour ce cas.

N'y a-t-il pas lieu de comparer la procédure instituée par l'article 24 à celle des ordonnances rendues sur requête par le Président du Tribunal civil ?

L'ordonnance sur requête, qui est rendue en l'absence du défendeur, a pour champ d'action tous les cas où l'urgence est telle que le référé ne suffirait pas, malgré sa procédure rapide, aux exigences de la situation puisqu'il suppose l'assignation du défendeur et la possibilité d'un débat contradictoire. Le Président prend ainsi des mesures de genres très divers : des permissions, des autorisations, notamment des permissions de saisies-arrêts, des envois en possession ; mais jamais il ne peut ordonner ; ses ordonnances n'ont jamais la formule exécutoire. Par la

nature de leurs objets ces ordonnances sont en somme des actes d'administration judiciaire.

Certains auteurs disent que ce sont des actes de juridiction gracieuse, tandis que d'autres y voient plutôt l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire du Président. Telle est notamment l'opinion soutenue dans le *Traité* de MM. Garsonnet et César-Bru, où il est dit avec raison que la juridiction gracieuse suppose qu'il n'y a aucun adversaire connu ni même présumé : or l'ordonnance sur requête est presque toujours préjudiciable à des tiers qui, s'ils avaient été appelés à la discuter, l'auraient certainement combattue.

Quoiqu'il en soit, cette ordonnance, au point de vue des recours, n'est susceptible ni d'opposition ni d'appel de la part des parties contre lesquelles et en l'absence desquelles elle a été prise (sauf exceptions justifiées par la gravité de la mesure prescrite par l'ordonnance). Ces parties conserveront cependant la ressource de déférer cette ordonnance à l'appréciation du Tribunal, soit par une action spéciale, soit, s'il y a un litige au fond sur la même affaire, au moment où ce litige sera jugé par le Tribunal.

Cette dernière solution est, remarquons-le, celle que nous avons indiquée à propos de la faculté d'appel accordée au défendeur éventuel contre le constat de l'article 24. Et, en effet, il y a beaucoup d'analogies entre les deux procédures. La mesure du constat est une de celles qui sont normalement l'objet d'une ordonnance sur requête. Qu'il s'agisse du Président du Conseil de Préfecture ou du Président du Tribunal civil, c'est dans les deux cas un acte d'ad-

ministration judiciaire prescrit en dehors de la présence des parties à qui il peut causer préjudice, et la question des recours reçoit une solution analogue.

Il y a une différence cependant. L'article 24 suppose une instance virtuelle qui s'ouvrira prochainement sur les faits mêmes qui sont l'objet du constat : il prévoit donc un défendeur éventuel auquel il y a lieu de donner une certaine garantie en l'avisant de la décision qui a été prise, sans que cette garantie puisse être une cause de retard dans l'exécution de la mesure. Il y a intérêt à ce qu'elle ne soit pas exécutée tout à fait à son insu pour assurer une base incontestable aux discussions qui pourront avoir lieu dans le procès.

Au contraire dans le cas d'ordonnance sur requête, on ne sait pas s'il y aura une instance contentieuse par la suite : d'autres part pour certaines mesures il est utile que la partie adverse n'en soit pas avertie car elle pourrait en prévenir ou en empêcher l'exécution. L'ordonnance sur requête est donc prise et exécutée sans que l'on tienne compte des droits de la partie adverse (1).

La procédure organisée par l'article 24 tient donc le milieu entre la procédure des référés, où il y a un débat contradictoire après une assignation du défendeur, et celle des ordonnances sur requête, où l'on statue en l'absence et à l'insu de la partie adverse.

(1) Du moins en théorie : car en pratique, toutes les fois que c'est possible le juge expédie et signifie avant le constat, non-seulement l'ordonnance mais encore la requête qui forme avec elle un tout inséparable.

C'est pour cela qu'on l'a appelée : un « quasi-référé ».

De même si nous cherchons à déterminer si elle appartient à la juridiction contentieuse ou à la juridiction gracieuse, nous serons amenés de nouveau à en constater la nature hybride ; car si, d'une part elle n'est pas contentieuse parce qu'elle ne permet pas la discussion entre les parties adverses, elle n'est pas non plus gracieuse puisqu'elle tient compte dans une certaine mesure des droits du défendeur. Ce serait donc une procédure « quasi-contentieuse ».

Remarquons que cette épithète est généralement réservée aux procédures où le débat contradictoire n'est encore qu'ébauché. Tel est le cas du recours du Préfet devant le Conseil d'Etat contre les délibérations définitives du Conseil général ; le Préfet notifie le recours au Président du Conseil général et à celui de la Commission départementale : on peut prévoir qu'une mesure de décentralisation pourra, dans l'avenir, instituer un véritable débat contentieux sur cette matière. Ici l'évolution est inverse puisque la procédure des constats, après avoir été purement bureaucratique quand elle était dans les attributions du Préfet, est devenue contentieuse avec le système adopté par la jurisprudence entre 1873 et 1889, et a perdu ce caractère contentieux avec la loi de 1889. On peut cependant, au point de vue théorique la ranger dans la catégorie des procédures quasi contentieuses.

APPENDICE

Un cas de justice retenue. Le sous-préfet juge des référés en matière de contributions directes.

Nous avons vu que jusqu'ici le problème de la juridiction des référés en matière administrative a été restreint à la question des constats d'urgence : il y avait quelques textes de lois ou règlements prévoyant que cette mesure pourrait dans certains cas être prise par la voie bureaucratique, et il s'agissait d'organiser une procédure judiciaire donnant plus de garanties. Mais on ne s'est jamais arrêté à l'idée de créer une procédure permettant d'arrêter, même provisoirement, l'exécution d'une décision administrative. Seul le Conseil d'Etat a ce pouvoir quand il est saisi d'une demande de sursis d'exécution.

Il est d'autant plus intéressant de signaler un cas où ce sursis peut être décidé par un administrateur : le sous-préfet.

Quand un contribuable est l'objet de poursuites pour non-paiement des contributions directes, les poursuites sont faites soit par la voie judiciaire soit par la voie administrative.

Dans le premier cas s'il veut faire opposition il s'adresse au juge civil des référés, mais quand il s'agit d'une poursuite en vertu d'une contrainte administrative, la règle de la séparation des pouvoirs s'oppose à ce qu'une autorité judiciaire puisse pro-

noncer la suspension des poursuites (C. E., 22 juillet 1819. Cour de Paris, 28 janvier 1832).

On n'a pas voulu priver de tout recours le contribuable poursuivi et l'empêcher de s'opposer à l'exécution des mesures de rigueur prises contre lui alors qu'il peut avoir des raisons à invoquer pour ne pas s'y soumettre. Ne pouvant donner compétence au Président du Tribunal c'est au sous-préfet (qui est aussi près que lui du contribuable) qu'on a donné le pouvoir de statuer sur cette réclamation. « La saisie est exécutoire nonobstant toute opposition, sauf à l'opposant à se pourvoir, par devant le sous-préfet contre le requérant » (art. 67 du règlement du 21 décembre 1839).

On a fait ici application de la règle établie par l'article 607 du Code de Procédure qui dit qu'en cas de saisie « il sera passé outre nonobstant toutes réclamations de la partie saisie sur lesquelles il sera statué en référé ».

— Quels sont les pouvoirs donnés au sous-préfet ? Il n'a pas à juger la réclamation du contribuable — ce sera le rôle du Conseil de Préfecture — mais seulement à apprécier si, à raison de la nature des obstacles qui s'élèvent, il peut ordonner la suspension des poursuites jusqu'au jugement sur le fond, ou au contraire en autoriser la continuation.

Si la question soulevée par le contribuable est de la compétence judiciaire, le sous-préfet peut, soit ordonner quand même le sursis, parce que l'administration a toujours le droit de suspendre ses poursuites, soit délaisser les parties à se pourvoir devant l'autorité judiciaire, c'est-à-dire, le juge civil des référés.

DEUXIÈME PARTIE

De la nécessité de l'organisation d'une procédure
des référés devant les Tribunaux administratifs

CHAPITRE PREMIER

**Est-il utile que la procédure administrative
fasse cet emprunt
à la procédure civile ?**

Nous venons de voir comment les lois administratives ont résolu le problème des solutions urgentes dans les affaires contentieuses. Dans un cas particulier, celui des constats, on est arrivé à une procédure satisfaisante, semblable à celle que les plaideurs auraient devant les tribunaux civils. Dans tous les autres cas c'est l'administration qui prend elle-même toutes les mesures qu'elle juge nécessaires, sans s'inquiéter des raisons que pourraient invoquer

les particuliers lésés par les décisions : ils n'ont que la ressource de demander après coup l'annulation de ces décisions ou la réparation du préjudice causé.

N'y a-t-il pas avantage à maintenir ce système? Y a-t-il vraiment besoin d'une juridiction des référés en matière administrative?

En droit privé, toutes les personnes ayant des droits civils égaux, aucune mesure portant préjudice à un intérêt quelconque ne peut-être prise que par l'intervention d'un juge : on conçoit donc que lorsque la mesure doit être prise rapidement on s'adresse à un juge des référés. Mais en matière administrative la situation n'est plus la même : l'administration agissant au nom de l'intérêt général ne doit-elle pas avoir, dans tous les cas où des intérêts particuliers sont en conflit avec cet intérêt général, une situation privilégiée et le droit d'exécuter provisoirement les mesures nécessaires et urgentes? Si l'on admet cette situation prééminente de l'administration, l'intervention d'un juge ne paraît plus nécessaire.

D'ailleurs la loi a pris des précautions pour que les intérêts privés ne puissent pas subir d'atteintes graves du fait d'un acte administratif. Le droit de propriété est toujours sauvegardé puisque les lois sur l'expropriation exigent le paiement d'une indemnité avant la prise de possession par l'administration. La loi du 29 décembre 1892 prévoit qu'avant toute occupation temporaire d'un terrain appartenant à un particulier il doit être dressé contradictoirement un état des lieux qui servira de base à l'évaluation de l'indemnité due au propriétaire. Si

l'administration a, par ses droits de police, le pouvoir de faire exécuter immédiatement ses arrêtés, les particuliers peuvent s'opposer à cette exécution dans le cas où ils sont contraires à la loi, en soulevant l'exception d'illégalité devant le juge chargé de punir l'infraction. D'autre part les particuliers peuvent toujours, en cas de contestation, faire un recours hiérarchique à l'autorité supérieure pour obtenir de différer l'exécution de la décision ou demander ce sursis à l'exécution au Conseil d'Etat. Dans ces conditions, il ne serait pas nécessaire d'introduire dans le contentieux administratif la procédure civile des référés jugée incompatible avec les nécessités de l'action administrative.

— Peut-on dire, nous opposera-t-on aussi, que la procédure administrative ne manifeste pas une préoccupation suffisante de la rapidité dans le jugement des questions contentieuses, et que le besoin se fait sentir d'une procédure plus expéditive ? Mais toute les fois qu'on a remanié la procédure administrative, on l'a fait dans le but d'accélérer le jugement des affaires : par exemple, l'ordonnance du 12 mars 1831, article 5 — l'ordonnance du 9 septembre 1831, article premier ; — la loi du 25 mai 1872, article 19 ; — le décret du 16 juillet 1900, article 4 ; — le décret du 4 août 1900, article 13. On a toujours manifesté le désir de faire mieux, au point de vue de la rapidité, que la procédure civile qui est lente et formaliste parce qu'elle conserve de vieux usages surannés.

Comment, d'ailleurs, pourrait-on autoriser devant les tribunaux administratifs la procédure des référés

usitée devant les tribunaux ordinaires? Cette procédure forme un tout, adapté aux besoins des litiges privés, que l'on ne pourrait transporter tel quel dans le droit administratif où les rapports juridiques sont tout différents.

Dans l'état actuel de la législation c'est d'une application impossible. Quand un plaideur va devant le Président du Tribunal jugeant en référé, il peut avoir une décision définitive très rapidement, car l'ordonnance du Président est susceptible d'un appel immédiat et de réformation rapide. Dans la même journée il est possible d'assigner, obtenir l'ordonnance sur référé, l'appel et la décision de la Cour d'Appel. Or les nécessités de la procédure administrative ne permettent pas d'obtenir ce résultat. Pour si rapide qu'elle soit, elle comporte toujours l'instruction écrite, la communication aux parties des avis de l'administration, etc.; on ne peut donc songer ni à l'assignation sur l'heure ni à la défense orale à l'audience. De plus si l'on fait appel, il a lieu devant le Conseil d'Etat et l'affaire n'est jugée par lui qu'après de longs délais légalement obligatoires.

— C'est ainsi que raisonnaient les publicistes et les législateurs de 1889 quand on discutait sur la possibilité d'organiser les référés administratifs en leur appliquant les articles 806 à 811. Et la controverse à ce sujet n'est qu'un incident dans une controverse plus générale sur l'extension des principes de la procédure civile à la procédure administrative.

Il n'y a pas en effet de Code complet de la procédure administrative; certains détails ne sont pas réglementés et on peut, dès lors, se demander si,

lorsque la loi administrative est muette sur une question, il n'y a pas lieu d'appliquer les règles de la procédure civile.

Les auteurs qui refusent l'application du droit commun, conformément d'ailleurs à la jurisprudence, prétendent que les formes de la procédure judiciaire sont lentes et coûteuses.

C'est méconnaître les mérites de la procédure des ordonnances sur requête ou sur référés qui, ainsi que nous l'avons exposé, donne toutes garanties de célérité et d'économie. — Et le reproche de lenteur devrait s'adresser plutôt à la justice administrative. Cette lenteur s'explique d'ailleurs par la nature même de ses tribunaux et par leur organisation. C'est ainsi que, malgré l'institution d'un ministère public auprès d'eux, on a gardé l'usage de communiquer le dossier des affaires, qu'elles quelles soient, au Ministre dans le ressort duquel elles sont, en même temps qu'au Commissaire du Gouvernement. Il faut alors attendre les observations présentées par les bureaux du Ministre et elles se font quelquefois attendre longtemps ; aussi plusieurs décrets, le dernier en date du 31 mai 1910, ont-ils dû intervenir pour limiter les retards.

Sans aller jusqu'à dire comme M^e Jacquelin (1) que « la préoccupation d'aller rapidement n'a été invoquée qu'à seule fin de donner plus facilement gain de cause de parti pris à l'administration » nous pouvons

(1) « Evolution de la procédure administrative » article de la *Revue de droit public*, de 1903,

penser que la procédure administrative a été organisée de telle façon que l'administration ne se présente point sur un pied d'égalité avec les plaideurs et qu'elle ait toutes facilités pour la défense de ses intérêts. La procédure est écrite, donc l'administration n'a pas à se présenter devant le juge; elle n'a qu'à fournir un rapport élaboré par ses bureaux et l'instruction est dirigée par un juge qui, en assurant la communication à l'administration des pièces fournies par son adversaire, lui évite les relations directes de plaideur à plaideur qui supposent leur égalité parfaite devant le juge. Remarquons aussi que les pièces fournies par l'administration ne sont pas envoyées aux parties privées; celles-ci sont obligées d'en prendre communication au greffe : elles font ainsi figure de solliciteurs auprès d'une administration plutôt que de plaideurs devant un tribunal.

Si la procédure administrative est, par certains côtés, plus rapide que la procédure judiciaire parce qu'elle évite les surprises d'audience et la multiplication des incidents, l'administration y a l'avantage qu'une fois achevé, le travail des bureaux pour la défense de sa cause, toute garantie lui est donnée que la position qu'elle a adoptée ne sera pas modifiée par une manœuvre de procédure.

On peut donc soutenir que si les tribunaux administratifs ont une procédure dont certaines règles la rendent plus rapide que celle des tribunaux ordinaires, cela vient de ce qu'elles sont seules compatibles avec les prérogatives et les méthodes de travail de l'administration. Et de même s'ils n'ont pas une procédure rapide comme celle des ordon-

nances sur requête ou sur référés, c'est qu'elle serait contraire à ces mêmes prérogatives et à ces mêmes méthodes.

Les juges administratifs qui sont nommés par l'autorité administrative elle-même, qui restent ses conseillers et ses auxiliaires, sont imbus de la nécessité de maintenir les privilèges de l'administration ; ils tiennent à conserver à la procédure administrative son caractère spécial, à la faire évoluer parallèlement à la procédure civile sans admettre l'application des principes de celle-ci : ils n'appliquent la procédure ordinaire qu'en vertu d'un texte formel.

M. Jacquelin soutient que toute réforme de la procédure administrative est ainsi viciée à la base par le fait que les juges administratifs n'ont aucune indépendance et que c'est toujours l'administration qui juge elle-même ses procès. Dans ces conditions, l'extension de la procédure des référés organisée par le Code de Procédure civile ne serait pas, à ses yeux, désirable pour les administrés : « Aux pouvoirs presque illimités du Président du Tribunal civil, il y a un contrepoids naturel dans l'indépendance au moins relative de ce magistrat. L'impartialité qui en découle est la garantie nécessaire contre l'abus de la puissance que la juridiction des référés place en ses mains. Au contraire, le Président du Conseil de Préfecture est entièrement subordonné à l'administration. Le référé de l'article 806 transporté dans la procédure administrative au profit de ce fonctionnaire serait susceptible de produire des préjudices bien autrement graves et irréparables que ceux qu'il aurait pour objet ostensible de prévenir.

La réforme ne sera mûre que le jour où le juge administratif aura acquis les garanties désirables d'indépendance et d'impartialité. Ici encore la procédure de la justice administrative reste liée à son organisation. »

Cette méfiance de la juridiction administrative va ici trop loin. Nous aurons l'occasion de montrer par la suite qu'elle est souvent aussi près de la vraie Justice que la juridiction civile. Peu à peu les garanties données aux plaideurs deviennent semblables. En fait les juges administratifs ont acquis en impartialité, par la conscience de leurs devoirs de juges, autant que les juges civils ont perdu par le souci de leur avancement. Et la jurisprudence du Conseil d'Etat se montre sur certains points, par exemple en matière d'alignement, plus libérale que la Cour de Cassation.

Aussi tout en reconnaissant que l'organisation de la procédure administrative est favorable à la défense des intérêts de l'administration, ne repousserons-nous pas, comme entachée de péché originel, une réforme comme celle des référés administratifs qui pourrait être si utile aux administrés et même aux intérêts bien compris de l'administration. Il nous suffirait de trouver dans le juge unique chargé de statuer en référé la même impartialité que nous trouvons actuellement chez les Tribunaux administratifs.

Nous devons donc souhaiter que la procédure administrative adopte en principe les règles de la procédure civile : ce serait un des meilleurs moyens de dissiper la méfiance qu'inspire encore à certains la justice administrative. L'évolution est heureusement dan^s

ce sens ; la loi de 1889 qui règle celle des Conseils de Préfecture le marque nettement : et cela ressort encore bien mieux du rapport fait, sur le projet de loi, par M. Aucoc au nom du Conseil d'Etat. Ce rapport disait en effet : « Il n'eut pas été utile de faire un Code de Procédure complet, posant les principes généraux, prévoyant et réglant tous les détails ; le Code de Procédure Civile y a pourvu et les Conseils de Préfecture comme leurs justiciables n'auront qu'à s'y référer. » Il ajoutait qu'il n'avait paru utile de légiférer que « pour les mesures qui devaient être spéciales aux Conseils de Préfecture, à raison de la nature particulière des affaires qui leur sont soumises et des traditions auxquelles les justiciables sont habitués... »

Dans l'esprit des membres du Conseil d'Etat en 1870, il semble donc bien qu'il y avait lieu d'appliquer le Code de Procédure civile toutes les fois qu'il n'y avait pas un texte contraire. (Cette tendance était déjà marquée dans les réformes faites en 1862 et 1865.) Nous verrons d'autre part comment depuis lors les privilèges de l'administration devant ses propres tribunaux se sont peu à peu atténués, comment ceux-ci tendent à lui imposer le respect de leurs décisions.

C'est donc simplement souhaiter que l'évolution commencée se poursuive, que de demander l'introduction en droit administratif, de la procédure civile des référés. Elle y rendrait autant de services que dans les litiges entre particuliers, elle en rendrait même davantage car c'est la seule institution qui nous paraisse pouvoir constituer une barrière à l'ar-

bitraire administratif. En matière de Travaux publics notamment, elle paraît tout à fait nécessaire pour assurer aux entrepreneurs qu'ils pourront travailler sous l'empire du droit commun dont ils sont trop éloignés. L'administration conserverait les mêmes garanties sous une forme différente, mais plus digne, et elle éviterait des procès fâcheux : les administrés auraient l'impression qu'on ne leur demande aucun sacrifice qui ne soit vraiment indispensable à la marche des services publics et conforme au Droit.

Seulement, à première vue, cette réforme n'est pas facile à réaliser ; plusieurs obstacles s'y opposeraient : d'une part en effet elle heurterait des théories considérées, il y a encore peu de temps, comme des dogmes, et, d'autre part, il y aurait des difficultés pour l'adapter à l'organisation actuelle des tribunaux et du contentieux administratifs. Ce sont ces obstacles que nous allons étudier et nous verrons qu'ils ne sont peut-être pas insurmontables.

CHAPITRE II

Obstacles théoriques qui s'opposeraient à un progrès dans ce sens

A) Objection tirée de la limite normale des pouvoirs du juge des référés

Le juge civil des Référé^s a le pouvoir, non-seulement, de prendre des mesures d'urgence mais encore de statuer « sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement » : il a donc, dans le domaine des intérêts privés, le pouvoir d'intervenir dans tous les cas où l'exécution d'une mesure quelconque soulève une difficulté. Pourrait-on donner au juge administratif des référés un tel pouvoir vis-à-vis des mesures d'exécution prises par l'administration ?

Sans doute la jurisprudence et certains auteurs interprètent l'article 806 en ce sens que le juge des référés ne peut connaître de l'exécution des titres exécutoires et jugements que pour la faciliter et non pour l'arrêter, qu'il ne peut donner main-levée d'une

saisie, accorder des termes de grâce (1). Cette théorie est d'ailleurs très controversée : M. Glasson et MM. Garsonnet et César-Bru soutiennent que son pouvoir n'a pas de limite à ce sujet. Mais quoiqu'il en soit on ne peut assimiler une décision administrative au titre exécutoire que possède un créancier sur son débiteur (2).

L'administré n'a pas avec l'administration des rapports de débiteur à créancier : il n'a pas signé un engagement de donner, faire ou ne pas faire. Il n'a pas plus contracté d'obligation juridique vis-à-vis des pouvoirs publics que ceux-ci n'en ont contracté envers lui. Alors que le créancier ne réclame au débiteur que ce à quoi celui-ci s'est engagé, l'administration crée elle-même, de façon unilatérale, son titre et prétend

(1) Mais remarquons qu'il a été jugé : « que le juge des Référés est compétent pour ordonner provisoirement la discontinuation des poursuites exercées en vertu d'un acte authentique dont la nullité est demandée par action principale, alors surtout que le créancier se trouve avoir un gage suffisant pour la conservation de ses droits ». (Paris, 29 février 1836, S. 36,2,180). Cette solution, transportée dans le domaine du contentieux administratif permettrait au juge des référés d'arrêter également les actes de l'administration quand le gage de celle-ci serait suffisant, ce qui serait assez fréquent.

(2) Cette confusion a été faite à tort par la jurisprudence des tribunaux civils. C'est ainsi qu'en matière de taxe de droit des pauvres, s'il y a lieu de poursuivre la saisie en vertu du rôle exécutoire établi par l'administration, le juge civil se dit compétent (parce qu'il s'agit de voies d'exécution ordinaires) pour faciliter la poursuite, mais en revanche il se déclare incompétent lorsque le contribuable veut s'opposer à l'exécution. Dans ce sens : Ordonnance de Référé, Seine, 14 mai 1853 (*Gazette des Tribunaux*, 15 mai 1853). Voir sur cette question : Dufour, *Le recouvrement du droit des pauvres*, thèse 1913, pages 95 et suivantes.

imposer l'obligation en même temps que l'exécution. Dès lors, même si nous admettons qu'un juge des référés ne puisse pas substituer sa décision à la volonté des parties, exprimée par un contrat, nous pourrions admettre cependant qu'il ait le pouvoir d'arrêter provisoirement les ordres de l'administration qui ne supposent pas un accord juridique préétabli.

B) Les prérogatives de l'administration

Mais bien plus sérieux sont deux obstacles, naguère presque infranchissables, qui tiennent à la nécessité qu'il y a eu de tout temps de laisser toutes facilités à l'administration pour l'exécution des services publics. Ce sont : 1° le privilège d'action d'office et d'exécution préalable ; 2° l'indépendance de l'administration active par rapport à la juridiction administrative.

1° Privilège d'action d'office et d'exécution préalable.

Un particulier, quand il n'a pas entre les mains un titre exécutoire, est obligé de s'adresser aux tribunaux pour leur demander de forcer une autre personne à fournir une prestation. L'administration, elle, par un pouvoir discrétionnaire, a le privilège de pouvoir se passer de l'intervention des tribunaux et de faire exécuter ce qu'elle a décidé par des actes extrajudiciaires qui sont de simples ordres ; elle se fait justice elle-même ; elle agit d'office.

Elle a d'autre part le pouvoir de contraindre un

particulier à exécuter la prestation demandée, alors même qu'il proteste et forme un recours. Ce sera à celui-ci de prouver que la prestation n'était pas due : si les tribunaux lui donnent raison, l'administration sera obligée de rétablir les choses, mais elle aura pu imposer l'exécution préalable malgré les protestations et les recours de l'intéressé.

Ces prérogatives sont très justifiables : elles sont en principe indispensables à tout Gouvernement. Il est chargé d'aménager les services de l'Etat dans l'intérêt de tous et cet intérêt de tous, supérieur aux intérêts particuliers, exige qu'il puisse réaliser immédiatement ses initiatives. Il doit assurer l'exécution des lois qui organisent ces services : ce ne sont pas des lois d'ordre privé qui, elles, s'exécutent sans action des pouvoirs publics : ici il faut que l'administration exécute directement la loi. Le gouvernement doit assurer la continuité dans la marche des services publics et il serait inadmissible que ceux-ci puissent être interrompues par les délais et les lenteurs qu'entraînerait l'intervention préalable d'un tribunal. En un mot il ne faut pas qu'une loi risque d'être inexécutée et que l'exécution des services publics soit compromise par la résistance des administrés. C'est là un principe intangible que le plus vif désir d'accorder à ceux-ci des garanties ne nous fera pas attaquer.

Mais il y a des abus de ces prérogatives : dans maintes occasions la jurisprudence administrative a poussé très loin le souci de maintenir l'indépendance de l'action administrative et la force exécutoire des décisions administratives. Personne ne récrimine quant à l'exécution immédiate, sans discussion

préable, notamment des mesures de police, on en comprend la nécessité — quant aux mesures de recouvrement des créances de l'Etat pour lesquelles, s'il y a erreur ou injustice, il y aura toujours le temps de réparer et la possibilité de donner une réparation intégrale.

Mais, dans d'autres cas, nous verrons que l'application de ces prérogatives est plus contestable.

Notamment, l'administration a eu la prétention d'en user pour régler toutes les situations et difficultés provisoires naissant de l'exécution des lois par la voie administrative. Lorsque, au cours de cette exécution, elle s'est heurtée à un droit de propriété, pour peu qu'il fut contestable elle l'a méconnu et passé outre à sa résistance, procédant à la dépossession provisoire avec mise sous scellés, jusqu'à ce qu'un jugement au fond ait fixé définitivement la question de propriété. Comme il s'agissait de garantir un droit de propriété, les ayants-droit s'adressèrent à la juridiction civile des référés pour être maintenus ou rétablis en possession provisoire. Après une lutte très vive entre l'autorité administrative et les tribunaux judiciaires, le Tribunal des conflits finit, non sans hésitations, par consacrer les prétentions de l'administration. Il fut admis dès lors que dans les cas où un titre de propriété est en conflit avec un acte administratif, la provision est due non au titre, ce qui serait le droit commun, mais à l'acte administratif.

Tel fut un des résultats de l'exécution des décrets du 29 mars 1880 contre les congrégations (Conflits, 5 novembre 1880, Marquigny), de la Laïcisation des

écoles publiques (Confl., 26 mars 1898, Ecoles de filles de Saint-Donan), de l'exécution de la loi du 1^{er} juillet 1901, sur les Associations et Congrégations (Confl., 2 novembre 1902, Société Immobilière de Saint-Just), et, enfin, de la loi du 9 décembre 1905, sur la Séparation des Eglises et de l'Etat (Confl., 12 mars 1909, Huillon, maire de Triconville).

Il n'est pas douteux que l'action administrative a été mise ici au service des passions politiques : les privilèges dont elle jouit pour assurer la marche des services publics ont été utilisés pour une besogne purement gouvernementale. Or, est-il légitime que les privilèges spéciaux qui ont été donnés à l'administration pour qu'elle assure le bon ordre dans l'Etat, le mieux être pour tous les habitants, soient employés par une majorité politique pour tyranniser le reste des citoyens ? C'est assurément une voie dangereuse dans laquelle s'est ainsi lancée l'administration.

L'opinion publique y a vu qu'il n'y avait aucune garantie contre les actes tyranniques de la majorité au pouvoir puisqu'on refusait aux tribunaux judiciaires le pouvoir de s'y opposer et que, d'autre part, il n'existait aucune juridiction administrative qui puisse, avant toute mesure d'exécution, apprécier soit la légalité de cette décision (elle était contestable quant aux décrets de 1880) soit la légalité des moyens d'exécutions employés (par exemple : la mise sous scellés).

Ne laisser au propriétaire lésé par ce coup de force, que l'espoir de déplacer à son profit la majorité politique, par son bulletin de vote aux élections suivantes, constitue une sauvegarde insuffisante du

droit. Il faudrait une autre garantie; celle que possède toute personne victime d'une atteinte injuste de la part d'une autre personne, le recours aux tribunaux et, s'il y a urgence, au juge des référés qui prend toutes les mesures provisoires nécessaires. Si l'on prétend que les tribunaux judiciaires ne peuvent pas connaître d'un acte administratif, à cause du principe de la séparation des pouvoirs, que l'on institue auprès des tribunaux administratifs, pour régler les questions provisoires, un juge des référés qui aura pour mission d'arrêter l'exécution d'une décision si elle est illégale, ou de lever les obstacles qui s'y opposent, et qui statuant sans délai, ne privera pas cette décision de la rapidité d'exécution qui lui est nécessaire.

— Sans doute la loi prévoit un palliatif à ce privilège : le sursis à l'exécution, et l'administration a cherché d'autre part à en diminuer la rigueur.

L'administration n'a pas été sans voir le danger que pourrait présenter l'exécution forcée d'une même mesure contre un grand nombre de personnes, lorsque la légalité de la mesure ou de ses moyens d'exécution paraissait douteuse. Le Gouvernement dans les affaires dont nous venons de parler, a pris le parti de n'agir tout d'abord que contre quelques uns des intéressés, espérant que ceux-ci introduiraient un recours au Conseil d'Etat et feraient ainsi trancher par lui la question de légalité. Par ce moyen le juge intervenait ainsi avant que l'exécution fut généralisée. Mais les abus de pouvoirs n'étaient que limités et la limitation restait à la discrétion de l'administration.

Plus sérieux est en principe la garantie offerte par

la faculté donnée au Conseil d'Etat, lorsqu'il est saisi d'un recours contre un acte administratif, d'ordonner le sursis à l'exécution. Nous savons en effet qu'en principe le recours ne suspend pas l'exécution de la décision : en vue de parer aux fâcheuses conséquences de certaines exécutions trop précipitées, le décret du 22 juillet 1806 sur la procédure devant le Conseil d'Etat et la loi du 24 mai 1872 ont apporté un tempérament à cette règle en donnant au Conseil d'Etat la faculté d'ordonner le sursis à l'exécution. Mais en fait les conditions dans lesquelles il peut être accordé diminuent singulièrement les garanties que pourraient y trouver les administrés.

C'est une simple faculté accordée au Conseil d'Etat ; le particulier qui attaque une décision administrative ne peut revendiquer le sursis comme un droit (C. E., 4 avril 1873). Le Conseil d'Etat n'est pas même tenu de statuer sur toutes les conclusions de sursis qui sont prises devant lui. Et si un arrêt est nécessaire pour l'accorder, il ne l'est pas pour le refuser : le Conseil d'Etat n'a qu'à laisser la procédure suivre son cours, passer à l'instruction du fond sans statuer sur cette question. (Décret du 22 juillet 1806, article 3). Ce qui fait que l'administration n'a pas à attendre une décision à ce sujet pour procéder à l'exécution de l'acte.

Sans doute, en pratique, le Conseil d'Etat en communiquant le dossier au Ministre appelle son attention sur la demande de sursis et le Ministre peut dès lors prescrire immédiatement le sursis aux autorités compétentes, mais il n'est pas tenu égale-

ment de l'ordonner et cet ordre n'a pas la valeur d'un arrêt du Conseil d'Etat.

En pratique le Conseil d'Etat n'accorde la suspension d'exécution qu'assez rarement : il faut qu'il y ait des griefs sérieux contre l'acte administratif et que l'exécution provisoire risque de causer un préjudice irréparable. De plus il manque à cette procédure de pouvoir s'adapter aux cas urgents : la demande de sursis est examinée par une section ou sous-section du contentieux chargé de l'instruction au moment où elle est saisie du recours sur le fond. L'examen de cette demande n'est donc pas immédiate et une réponse favorable risque d'arriver trop tard.

2° Principe de l'indépendance de l'administration vis-à-vis du juge

Pour qu'un juge administratif des référés puisse être institué il faut évidemment qu'il soit possible de lui donner le pouvoir d'imposer l'exécution de ses jugements : il faut que ce jugement s'impose également aux deux parties en cause.

Or il est de principe que l'administration, quand elle agit au nom de la puissance publique, n'obéit à aucun juge : lorsqu'elle exécute une sentence judiciaire c'est spontanément et sans aucune contrainte possible. C'est là une conséquence de l'irresponsabilité de la puissance publique et ce qui explique la création de tribunaux administratifs qui sont chargés par l'administration elle-même, de dire dans quelle mesure elle veut bien sortir de son irresponsabilité de principe pour accorder les réparations

qu'elle croit devoir octroyer aux personnes qui ont à souffrir du fonctionnement des services publics. Donc d'une part elle est pleinement indépendante de la juridiction civile et d'autre part la juridiction administrative n'est qu'une émanation d'elle-même, n'étant chargée que de calmer, par des indemnités, les réclamations des administrés.

Il résulte de ce principe : *a)* Que le juge ne peut apprécier un acte administratif qu'à *posteriori*, lorsque les intéressés à l'encontre desquels il a été exécuté le saisissent d'un recours. *b)* Que même lorsqu'il condamne l'administration il ne se reconnaît pas le pouvoir de lui adresser des injonctions pour la forcer à faire ce qu'elle ne veut pas faire. Il peut annuler ses décisions et même les réformer, la condamner à payer des indemnités si elles sont injustifiées, mais il ne peut toucher au droit d'initiative de l'administration ; il ne peut pas la forcer à prendre une décision dans un sens déterminé.

De plus, même lorsqu'il a pu condamner valablement l'administration à réparer le préjudice causé, il n'a aucun moyen de la contraindre à exécuter le jugement. Elle ne l'exécute que si elle veut, ce jugement n'étant à ses yeux qu'un avis donné sur ce qu'il y aurait lieu de faire dans le cas où elle voudrait réparer le préjudice causé.

Donc en nous en tenant à ces principes nous pourrions penser qu'il est impossible de songer à donner à un juge administratif, surtout à un juge unique, le pouvoir qu'on est si loin d'accorder aux tribunaux administratifs eux-mêmes.

C) Comment ces prérogatives sont attaquées dans la doctrine et déjà amoindries par la jurisprudence.

Nous venons d'exposer la théorie classique, toute napoléonienne, des pouvoirs de l'administration et des rapports de souverains à sujets qui doivent exister entre elle et les administrés. Or la réforme que nous préconisons ne pourrait trouver place que dans un système qui assurerait une base juridique à ces rapports et la prééminence du juge : aussi devons-nous montrer que l'évolution, qui se manifeste dans la doctrine comme dans la jurisprudence, tend à nous amener à ce régime meilleur.

1° Critique des prérogatives par la doctrine.

a) *Privilège d'exécution préalable.* — Toute une école de publicistes s'est attachée à démontrer que la conception classique du rôle et des pouvoirs de l'administration ne correspond plus aux idées modernes sur l'aménagement des états démocratiques. Cette conception maintient en effet entre les organismes administratifs chargés des services publics et les administrés les relations qui existaient autrefois entre le souverain et ses sujets : nous avons toujours un système administratif datant de l'an VIII et héritier des traditions de l'ancien régime ; la puissance publique est irresponsable comme l'était le roi de droit divin et le Préfet du vingtième siècle est armé d'un faisceau de pouvoirs de contrainte analogues à ceux que Richelieu donnait à ses intendants.

La troisième République après avoir renversé l'Empire s'est bien gardée de faire une révolution dans le régime administratif dont elle héritait et qui par son armature lui permettait de réaliser son programme politique. Les rapports entre l'administration et les administrés restaient les mêmes qu'auparavant.

Seulement il s'est trouvé que des réformes démocratiques, qui semblaient de pure façade, ont eu des conséquences plus profondes qu'on n'aurait pu le croire. Telle est par exemple celle qui a été opérée par la loi du 24 mai 1872 décidant que la justice administrative serait rendue par le Conseil d'Etat « au nom du Peuple français » et non plus par décision gouvernementale. Les membres du Conseil d'Etat (tribunal auquel tous les autres tribunaux administratifs sont subordonnés pour l'appel et la cassation) sont devenus alors de véritables juges, ont acquis une conscience de juge et se sont appliqués de plus en plus à faire prédominer les considérations de droit dans les litiges entre les administrés et l'administration. Ils sont devenus plus préoccupés de la justice et moins des prérogatives de l'administration.

En même temps la doctrine était influencée dans le même sens par les théories anglo-saxonnes qui soumettent l'administration à la loi commune et aux tribunaux ordinaires, excluant, du moins en principe, tout privilège en sa faveur. La conception de l'administration exerçant les droits du souverain n'est plus admise : l'administration ne fait qu'en exercer la fonction et n'en a pas les droits.

« Quand on regarde la puissance comme l'exercice

d'un droit, dit M. Berthélemy (1), on est fatalement conduit à diminuer les droits certains des individus au profit des droits prétendus de la collectivité. Si l'on envisage au contraire la puissance comme l'exercice d'une fonction nécessaire, on n'a pas la tentation d'empiéter sur les libertés des citoyens pour accroître le rôle du Gouvernement qui agit pour la collectivité. »

Dans la doctrine adverse, dit encore cet auteur (2), il faut voir un effet de l'influence allemande qui conçoit un faisceau de droits subjectifs de la collectivité devant lesquels les droits de l'individu s'anéantissent : c'est ainsi qu'Otto Mayer dit, dans son *Traité de Droit administratif* allemand « N'oublions pas que pour l'administration existe la possibilité d'agir en dehors de la sphère d'exécution de la loi, en dehors de toute direction de la part de la loi. »

Pour M. Berthélemy tout ordre administratif qui n'a pas pour prétexte l'observation d'une loi est un acte de tyrannie : l'administration ne peut agir que pour procurer l'exécution de la loi, que dans les formes précisées par la loi, que dans la mesure précise par la loi. Or cette soumission de l'administration à la loi implique le contrôle de la légalité de ses décisions, préalablement à leur exécution.

La contrainte, dit M. Duguit (3), n'est légitime que

(1) *Traité élémentaire de Droit administratif*, 8^e édition, page 43.

(2) Berthélemy : « Exercice de la souveraineté par l'autorité administrative » dans la *Revue de droit public*, 1904, p. 209.

(3) Duguit : *Le droit objectif et la loi positive*, p. 367.

lorsque le détenteur de la plus grande force l'emploie pour sanctionner sa volonté juridique, c'est-à-dire sa volonté dirigée vers un but de droit. La contrainte prise en elle-même est un simple fait de violence : le gendarme est le symbole de la contrainte étatique. »

« Le pouvoir politique, dit à son tour M. Jèze (1), en aucun cas n'est légitime par son origine. Ne peut-il jamais devenir légitime ? Il peut devenir légitime par son exercice. La volonté des gouvernants est légitime, la force mise au service de cette volonté se justifie toutes les fois que les gouvernants veulent réaliser le droit : la force n'est légitime qu'autant qu'elle est au service du droit. En dehors du droit il n'y a que le fait brutal auquel les déclarations des droits ont permis de résister par la force (article 35 de la déclaration des droits de 1793) ». Plus loin cet auteur nie « que l'acte administratif ait une nature « spéciale comme émanant d'une puissance publique « qui serait « une puissance de volonté infiniment « plus efficace » comme l'a dit M. Hauriou, ou encore « l'exercice de la souveraineté de l'Etat » suivant « M. Laferrière. » Cela, dit-il, pour expliquer l'effet « juridique produit par la seule volonté d'un agent. « L'acte unilatéral est la manifestation de la volonté « d'un agent, laquelle est une volonté individuelle « dont l'essence n'est point supérieure à celle des « autres hommes. Si à elle seule cette volonté produit

(1) Jèze, *Principes généraux de Droit administratif*, p. 17.

« ces effets juridiques, c'est uniquement parce qu'elle
« tend à réaliser le droit par des moyens légaux.

« Par suite si la volonté d'un agent ne se manifeste
« pas dans les conditions légales ou n'a pas un but de
« droit, elle doit être dénuée d'effet juridique. Dans
« toute bonne organisation administrative, il existera
« des agents qui auront le pouvoir, spontanément ou
« sur requête, en la forme administrative ou en la
« forme juridictionnelle, d'arrêter cet acte contraire
« au droit... »

A propos de l'exécution préalable des décisions administratives, M. Jèze pense (1) qu'il ne faut pas s'arrêter à l'apparence toute particulière qu'elles ont parce qu'elles peuvent être mises à exécution par des procédés ultra-rapides, sans intervention de la justice. « La facilité plus ou moins grande de mise à exécution d'une manifestation de volonté est une question secondaire et ne change pas la nature intrinsèque d'un acte. Nul n'a jamais prétendu qu'une vente constatée par acte authentique a une nature juridique différente d'une vente sous-seing privé. Et cependant la première s'exécute beaucoup plus facilement. »

Ces auteurs concluent donc à la nécessité de la suppression des prérogatives administratives. M^e Jacquelin conclue dans le même sens et demande avant tout la suppression des tribunaux administratifs qui n'ont leur raison d'être que dans ces prérogatives. Mais d'une façon générale, que le contrôle préalable

(1) Jèze, *op. cit.* p. 63.

soit exercé par le juge ordinaire ou par le juge administratif, on admet que les commandements du pouvoir politique n'ayant plus droit à bénéficier du privilège de l'exécution provisoire devront toujours pouvoir être soumis à un juge pour en faire vérifier le bien fondé. Et quant à nous, nous ajouterons que cette discussion devra se faire dans les cas urgents devant un juge des Référés.

Ces idées semblent bien devoir prévaloir. Les auteurs les moins disposés à admettre les conséquences extrêmes de cette doctrine qu'ils appellent « l'Anarchisme de la chaire », MM. Hauriou et Mestre constatent (1) que « l'acte juridique tend à perdre ce qui fait sa véritable efficacité c'est-à-dire sa force exécutoire. Ici ce n'est pas le rôle de la loi qui s'accroît aux dépens de l'acte juridique, c'est celui du juge. On s'habitue tellement à l'intervention du juge dans les relations sociales que les actes qui entraînent exécution par eux-mêmes (les actes notariés comme les actes administratifs) apparaissent bien vite comme une anomalie... Il semble que la théorie de l'acte d'administration soit menacée : bien des gens d'une part la trouvent trop compliquée et d'autre part ne la jugent pas assez protectrice des individus; il leur paraît singulier que les droits de l'administration ou de ses partenaires soient déterminés par les actes de l'administration elle-même; ils préféreraient

(2) Hauriou et Mestre, Compte-rendu du livre de M. Duguit « L'État, le droit objectif et la loi positive » *Revue de droit public* 1902 — T. II, p. 364.

qu'ils le fussent par la loi, ou par le juge, que d'ailleurs ils considèrent comme devant être le juge civil ; il leur répugne qu'on ne puisse poursuivre l'administration qu'après avoir obtenu d'elle une décision pour créer le contentieux ; ils voudraient qu'elle puisse être poursuivie de plano devant un juge — Il est possible que cette poussée dans le sens de la simplification et de l'assimilation au droit civil réussisse dans une certaine mesure, que la théorie de l'acte d'administration à peine constituée soit à la veille de se défaire. C'est jusqu'à un certain point la loi de la vie. »

En même temps que le privilège d'exécution préalable est attaqué celui de l'irresponsabilité de la Puissance publique. On dit que celle-ci a pour mission de réaliser tout ce qu'exige la solidarité sociale existant entre les citoyens d'un même Etat : elle ne peut rien faire d'injuste au nom de cette solidarité sociale et tout préjudice injuste doit être réparé par elle.

Or si l'on déclare l'administration responsable de ses actes le privilège de les exécuter sans aucun contrôle judiciaire préalable devient dangereux pour elle et assez embarrassant. Elle est exposée à payer de lourdes indemnités pour n'avoir pas assez mesuré les conséquences de l'exécution trop précipitée d'une décision entachée d'injustice. Il est donc désormais de son intérêt de se garantir contre ce risque en ne procédant à l'exécution qu'après un certain délai pendant lequel il sera décidé que les intéressés pourront s'opposer devant un juge à l'exécution. Si l'exécution est urgente on chargera un juge des Référés d'exercer ce contrôle.

Cette garantie doit exister, au profit des administrés, pour une autre raison. Logiquement en effet c'est devant les tribunaux judiciaires que l'administration devrait répondre des conséquences dommageable de ses actes, car c'est l'article 1384 du Code Civil qui devrait s'appliquer. Ce principe a été perdu de vue, comme l'a expliqué M. Berthélemy (1) : ce sont les tribunaux administratifs qui ont pris compétence exclusive sur ce point. Mais il est alors nécessaire que l'on donne aux administrés, puisqu'ils sont obligés de plaider devant les tribunaux administratifs, toutes les facilités, telles que la procédure des référés, dont ils jouiraient devant les tribunaux civils.

**B) Critique du principe de l'indépendance
de l'administration vis à vis du juge.**

Si l'on veut soumettre l'administration au règne du Droit il faut assurer sa soumission au juge, et non seulement établir qu'elle se présentera devant lui, dépouillée de tout privilège, comme un plaideur ordinaire, mais encore qu'elle aura à exécuter la sentence juridictionnelle. C'est la garantie indispensable du règne de la loi.

Ce sera aussi le meilleur moyen de donner aux décisions administratives la force exécutoire la plus sûre, à savoir le consentement de ceux qui ont à s'y soumettre : or ce consentement sera donné par

(1) Voir Berthélemy, *Traité de droit administratif*, 8^e édition, p. 77 et s.

le fait qu'aucun recours ne sera fait contre la décision. Sous l'Ancien Régime les ordres du roi pouvaient s'imposer par leur origine divine, mais dans notre société démocratique la force interne des commandements ne peut résider que dans le pouvoir de contrainte, ou dans le Droit ». Celui-ci doit être préféré comme système du gouvernement car il est le plus propre à assurer la paix sociale.

Il est certain aussi que dans le temps où les administrés avaient avec l'Etat des rapports de sujets à souverain, lorsque le régime administratif était très centralisé, les difficultés administratives étaient plus faciles à résoudre qu'aujourd'hui. Le Gouvernement seul détenteur d'un pouvoir autonome et n'étant contrôlé que par le Parlement en vertu de la Constitution, pouvait réaliser d'office ses volontés sans aucun ménagement pour les droits des tiers. Mais avec les mesures de décentralisation la souveraineté ou du moins l'autonomie s'est répandue sur une quantité d'organismes. Avec la diffusion de la personnalité se sont multipliés les établissements publics, les syndicats professionnels, tous détenteurs de droits qu'ils défendent jalousement. Toutes ces autonomies ont tendance à ne supporter du gouvernement de l'Etat qu'un contrôle juridictionnel. Dans l'avenir on peut prévoir que cette tendance s'accusera de plus en plus au fur et à mesure que, les fonctions de l'Etat se compliquant, il faudra laisser plus d'initiative et d'indépendance aux institutions qui en sont chargées. Et conçoit-on que si le respect du Droit est imposé à la Puissance publique il ne le soit

qu'à l'égard des personnalités morales et non à l'égard des simples individus?

Nous allons donc vers un régime où l'administration sera faite conformément au droit et par conséquent avec la collaboration constante d'un juge. Cette évolution est fatale, car lorsque la paix règne dans un Etat la meilleure méthode du Gouvernement apparaît vite comme étant celle qui procède par le Droit c'est-à-dire par la raison, plutôt que par la contrainte qui n'est que de la violence.

Cette évolution vers la juridictionnalisation se manifeste déjà par des symptômes significatifs. Elle se remarque dans presque tous les cas où une autorité administrative avait jusqu'ici pleins pouvoirs pour prononcer des sanctions : il en est ainsi en matière de peines disciplinaires, qui sont aujourd'hui décidées généralement sur avis de commissions ou conseils, qui ont le caractère de tribunaux repressifs, et qui prononcent la sanction disciplinaire après un débat contentieux. On la remarque aussi, comme nous le verrons, pour les sanctions prises par l'administration contre les concessionnaires de Travaux publics.

La juridiction administrative dès qu'elle a reçu des pouvoirs propres a entrepris d'imposer le respect de ses décisions. Elle y arrive surtout par une espèce de suggestion, en lui inspirant le souci de la légalité : elle l'y a habituée d'autant plus facilement que déjà, par le contentieux de l'annulation, elle faisait prédominer l'intérêt de la légalité sur celui de l'opportunité administrative et qu'elle l'accoutumait ainsi aux sacrifices d'amour-propre. L'administration

active ne se défend pas contre elle parce qu'elle est, aussi de la maison gouvernementale : elle ne redoute pas ses empiètements comme elle les redouterait s'il s'agissait de tribunaux civils. Mieux vaut donc confier à des tribunaux administratifs le contrôle à exercer sur l'action administrative au point de vue du respect du droit, puisque d'autre part les tribunaux ordinaires auraient l'inconvénient d'être mal préparés à résoudre des questions d'intérêt général.

2° *Atténuations apportées aux prérogatives par la jurisprudence administrative.*

En fait, ces divers privilèges dont jouissait l'administration sont déjà très entamés par la jurisprudence du Conseil d'Etat qui s'efforce de donner aux administrés le maximum de garanties contre les excès de pouvoir.

a) *Atténuations du privilège de l'exécution préalable*, — Le Conseil d'Etat a déjà posé le principe que si l'administration possède l'initiative des actes, le bénéfice de l'exécution provisoire, elle n'exerce ces prérogatives qu'à ses risques et périls, et que lorsqu'elle les emploie à faux sans droit, elle doit payer le préjudice causé (C. E. Zimmermann, 27 février 1903, S., 1905, 3, 17 et Larose, 21 nov. 1913, S., 1915, 3, 25). Elle est dès lors travaillée par le souci de sa responsabilité et se montre plus prudente.

En matière de travaux publics notamment, où elle jouit de pouvoirs discrétionnaires pour prononcer des sanctions importantes contre les entrepreneurs

ou concessionnaires, on constate maintenant que des cahiers des charges confient au Conseil de Préfecture le soin de prononcer lui-même les sanctions (C. E., 25 novembre 1910, Tricoche). De même au lieu de modifier d'office un contrat passé avec un concessionnaire, elle préfère maintenant faire décider cette modification par le Conseil d'Etat qu'elle saisit, dans ce but, d'un recours en interprétation de contrat.

Cette conséquence de la mise en jeu de la responsabilité de la puissance publique est inévitable : l'administrateur sera amené à faire vérifier la légalité de son acte par un juge avant de le mettre à exécution.

Quelques auteurs voient aussitôt un danger apparaître dans l'absence de responsabilité qui en résultera pour l'auteur de l'acte puisque sa décision sera rendue exécutoire dorénavant par le juge et non plus par lui-même; or le juge ne peut pas être actionné pour sa sentence comme l'administrateur peut l'être pour sa décision. MM. Hauriou et Mestre comparent l'attitude future de l'administrateur à celle de ces chasseurs « qui, après avoir fait charger leur fusil chez l'armurier font tirer le lapin par leur domestique? (1) ».

Quant à nous nous ne voyons qu'avantage à ce que l'intervention possible d'un juge soit mise à la disposition de toute personne comme un frein aux abus possibles d'autorité. Et nous ne nous contenterons pas des résultats acquis à l'heure actuelle par le travail de la jurisprudence. Sans doute nous

(1) Hauriou et Mestre, *op. cit.*, page 364.

sommes par-là assurés que les administrateurs pèseront bien les conséquences de leurs décisions avant de commencer leur exécution ; mais les erreurs, les excès de pouvoir sont le plus souvent commis par des administrateurs d'une entière bonne foi et la crainte des responsabilités encourues ne pourraient que rendre ceux-ci plus timides ; s'ils commettent des erreurs de droit c'est simplement parce qu'on ne peut pas être bon juge de sa propre cause. Ces administrateurs consciencieux seraient, au contraire, rassurés sur les conséquences qu'ils n'ont pu prévoir de leurs décisions s'ils savaient qu'un contrôle judiciaire préventif jouera automatiquement en cas de préjudice causé.

Le contrôle préventif du juge a, sur le contrôle *a posteriori*, un autre avantage. L'autorité administrative peut quelque fois être mise en mouvement par le Gouvernement pour exécuter des lois politiques, comme nous l'avons vu plus haut pour les lois anti-cléricales. Dans ces circonstances, où la crainte des responsabilités encourues n'arrêterait pas l'action administrative, seule une autorité judiciaire pourrait intervenir utilement pour éviter les abus de pouvoir.

b) *Atténuation de l'indépendance de l'administration vis-à-vis du juge.* Le principe de l'indépendance de l'administration à l'égard du juge, sans être aussi ruiné que celui de l'exécution préalable est également battu en brèche.

α) *L'administration tend de plus en plus à être traitée par les tribunaux administratifs comme un*

plaigneur ordinaire. — Autrefois, jalouse de ses prérogatives et n'acceptant qu'avec peine d'être citée par ses administrés devant un juge, elle voulait conserver, lorsqu'elle y consentait, une situation privilégiée. Pour marquer son consentement à accepter l'instance, il était nécessaire qu'elle prit une décision sur l'affaire en question; son refus résultait simplement de son silence. Et lorsqu'elle perdait un procès, elle ne pouvait pas être condamnée aux dépens.

Aujourd'hui, depuis la loi du 17 juillet 1900, l'administration ne peut pas se dérober à un procès en gardant le silence; son silence, gardé pendant quatre mois à la suite d'une réclamation, équivaut à une décision de refus, du moins quant aux litiges qui sont de la compétence du Conseil d'Etat (1),

Quant au principe de la non condamnation aux dépens il est actuellement détruit par la jurisprudence. Déjà le décret du 2 novembre 1864 et la loi du

(1) Commentant cette loi, M. Berthélemy se félicite que désormais la juridiction administrative puisse intervenir par voie d'injonction dans le domaine de l'administration active : « La « juridiction, dit-il, est la garantie des citoyens : elle doit leur procurer non seulement le respect de leurs droits par l'administration active mais en outre l'accomplissement par cette dernière « des services qu'elle doit à tous. Il serait inacceptable évidemment « que l'initiative de l'action appartint aux Conseils chargés d'exercer la juridiction. Le rôle exclusif de ceux-ci est de dire le droit. « Mais c'est bien encore dire le droit que de reconnaître qu'un « citoyen a droit à l'action administrative et que les administrateurs, par leur négligence systématique, ont injustement violé ce « droit ».

Berthélemy. *Traité de Droit administratif*, 8^e édition, p. 974.

22 juillet 1889 y avaient apporté des amendements, notamment dans les litiges relatifs aux travaux publics et aux dommages causés par eux. La jurisprudence a étendu l'exception aux litiges engendrés par les fautes de service, et, plus récemment, à tout le contentieux de pleine juridiction. Il résulte, en effet, d'un arrêt du Conseil d'Etat du 29 juillet 1910 (C. E. Brusson, S., 1911,3,73) que l'Etat pourra être condamné aux dépens dans tous les litiges ayant un caractère pécuniaire et relatif aux conditions d'exécution d'un service public; or il est rare que le litige n'ait pas le caractère pécuniaire.

L'article 130 du Code de procédure dit : « toute partie qui succombera sera condamnée aux dépens ». Nous pouvons donc en conclure que l'administration pouvant être condamnée aux dépens a la qualité de partie en cause comme tout plaideur ordinaire.

β) *Le Conseil d'Etat tend à assujettir l'administration et assurer le respect par elle de la chose jugée.*

— L'obligation pour l'administration d'exécuter un arrêt du Conseil d'Etat est prononcée par la formule exécutoire depuis la loi du 24 mai 1872 (1) : mais en théorie il n'y a pas de moyen de contraindre l'administration à l'exécuter. Le Conseil d'Etat est cependant arrivé à rendre effective cette obligation par divers moyens. Ainsi il annule les actes administratifs qui seraient contraires à la chose jugée comme étant entachés par ce seul fait d'excès de pouvoir.

(1) Pour les Conseils de Préfecture la formule exécutoire n'existe pas mais la loi de 1889 déclare ses arrêtés exécutoires.

Dans certains cas, pour obliger l'administration à faire un acte qu'elle s'était refusée à faire, il « renvoie à l'administration pour faire ce que de droit » ce qui, dit M. Hauriou, est « une invite non déguisée à obéir et pourrait bien avoir pour effet de constituer en faute personnelle le fonctionnaire qui résisterait (1). (C. C., 23 juillet 1911, Sains-les-Fressins, Lebon, p. 913).

Dans le contentieux de pleine juridiction le Conseil d'Etat opère par le procédé des dommages intérêts moratoires (C. E., 23 novembre 1906, Bichambis, S., 1907, 3, 65 et note de M. Hauriou).

M. Duguit a proposé d'ajouter à ces moyens, qui ne lui paraissent pas assez efficaces, la mise en jeu de la responsabilité personnelle du fonctionnaire qui refuserait d'exécuter la décision juridictionnelle. Et comme il craint que la longueur et les frais de la procédure devant les tribunaux judiciaires fassent hésiter le plaideur et n'assure ainsi l'impunité au fonctionnaire fautif, il propose que celui-ci soit poursuivi personnellement (avec les mêmes facilités accordées dans le cas de recours pour excès de pouvoir contre l'acte) devant le Conseil d'Etat lui-même qui, dit-il, serait naturellement amené à condamner. Ce serait assurément une extension notable du contentieux administratif de la répression, mais M. Duguit pense que ce ne serait que l'application du prin-

(1) Dans le même sens. Berthélemy, *op. cit.*, p. 975, en note.

cipe d'après lequel tout tribunal est compétent pour statuer sur les difficultés que soulève l'exécution de ses jugements (1).

(1) Duguit : « Des moyens qui doivent appartenir aux administrés pour contraindre les administrateurs à se conformer aux décisions des juridictions administrative ». Rapport au 17^{me} Congrès national de la propriété bâtie, 1913. Nous ne croyons pas que les adversaires de la juridictions administrative admettraient qu'on fit ainsi apprécier et sanctionner la faute personnelle d'un administrateur par un tribunal administratif, ceci étant contraire au système du décret du 19 septembre 1870 et marquant un retour à celui de l'an VIII.

CHAPITRE III

Obstacles pratiques

Nous venons de voir que les grands principes qui garantissaient jadis à l'administration son indépendance du juge et le pouvoir de régler à elle seule les questions litigieuses en imposant provisoirement sa volonté, sont aujourd'hui tellement entamés qu'il ne serait nullement révolutionnaire de prétendre qu'on pourrait confier à un juge des référés le soin de contrôler qu'aucune mesure, même provisoire, ne sera prise en violation du droit.

Mais à côté de ces obstacles théoriques dont nous avons montré le peu de solidité, il en est d'autres, d'ordre pratique, qui rendent plus malaisée, dans l'organisation administrative actuelle, l'institution d'un juge des référés. Remarquons d'ailleurs qu'il suffirait ici d'une loi pour ajuster cette juridiction aux tribunaux administratifs actuels, tandis que pour entamer les prérogatives de l'administration il a fallu, ce qui est plus long à obtenir, une évolution nécessairement très lente des idées générales sur ce que doivent être les rapports entre l'Etat et les administrés.

§ 1. — On parle depuis déjà longtemps de réorganiser les tribunaux administratifs car l'organisation actuelle ne répond plus aux besoins nouveaux de l'activité administrative et à l'idée que l'on s'est faite du rôle de ces tribunaux. Le moment serait donc bien choisi pour ajouter la réforme du référé administratif à celles qui sont en projet.

Il faudrait, semble-t-il, que la juridiction des référés fut placée auprès du tribunal de droit commun et le plus près possible des administrés.

Pourrait-on l'établir auprès d'un tribunal qui n'ait qu'une compétence d'attribution, comme le Conseil de Préfecture actuel ? Le rôle de juge des référés devra être donné naturellement au Président de ce tribunal, mais comme on ne peut admettre qu'un juge des référés ait une compétence plus étendue que celle du tribunal dont il fait partie, il ne pourra rendre des ordonnances que dans les cas bien définis où la loi donne compétence à celui-ci.

On voit dès lors que la réforme manquerait son but qui est de procurer une décision judiciaire dans tous les cas d'urgence quels qu'ils soient. Le juge des référés ne doit pas avoir une compétence d'attribution ; il doit pouvoir trancher en principe toutes les questions provisoires qui se présentent ; prendre les mesures qui lui sont demandées sans qu'il ait à se demander si le litige, qui pourra survenir par la suite sur le fond, sera de la compétence de son tribunal. En effet il n'est pas nécessaire, en principe, que le référé soit suivi d'une instance au fond.

Il faut aussi, avons-nous dit, que le juge des référés soit le plus près possible des plaideurs, pour qu'il

puisse être saisi et juger avec toute la célérité voulue. Or le tribunal administratif de droit commun est le Conseil d'Etat qui, siégeant à Paris, est loin de la plupart des administrés : on ne peut songer à établir près de lui le juge ordinaire des référés administratifs.

Il faudrait donc que dans la réorganisation de la juridiction administrative on donnât la compétence de droit commun soit au Conseil de Préfecture modifié soit à une Cour administrative régionale. Divers projets de loi déposés au Parlement prévoient des réformes dans ce sens (1).

Jusqu'à ces derniers temps on pouvait dire que la difficulté des problèmes soulevés, la compétence si mobile de la juridiction administrative, le défaut de fixité des règles de droit à appliquer, s'opposaient à ce que l'on pût confier les attributions de juge ordinaire au Conseil de Préfecture dont les membres n'ont pas, en général, une grande expérience juridique. C'est l'Assemblée générale du Conseil d'Etat statuant au contentieux qui statue comme juge ordinaire. Et ceci n'a d'ailleurs pas peu contribué à l'encombrement du rôle du Conseil d'Etat, à retarder le jugement des affaires surtout depuis que le Conseil d'Etat a étendu sa compétence à toutes les actions en responsabilité civile des départements et des communes : il devient

(1) La dernière proposition de loi sur cette question, celle de M. Perreau-Pradier, député, déposée le 15 février 1918 (J. O. Doc. parl. 1918, p. 189) prévoit qu'une Cour régionale aurait compétence générale pour toutes les questions d'intérêt départemental et communal.

impossible matériellement de conserver l'organisation actuelle des tribunaux administratifs.

En vue de remédier à ce dernier inconvénient, le Gouvernement a déposé le 12 septembre 1918, un projet de loi sur la réorganisation du Conseil d'Etat dans l'exposé des motifs duquel il est dit :

« Cette organisation, qui se concevait à une époque
« où la matière contentieuse était peu abondante et
« où la jurisprudence était souvent incertaine, ne
« répond plus aux besoins de notre temps et ne sau-
« rait être maintenue. Renversant le principe, le pro-
« jet décide que le jugement des affaires par l'assem-
« blée publique ne sera plus la règle mais l'excepti-
« on. C'est la sous-section qui devient le juge ordi-
« naire et qui reçoit compétence pour statuer souve-
« rainement en toutes matières. » Ce seraient donc
maintenant cinq sous sections, cinq tribunaux diffé-
rents, qui auraient les fonctions de juge ordinaire.
Quelles raisons s'opposent donc à ce qu'on déconcent-
re davantage et qu'on les répartisse entre tous les Con-
seils de Préfecture après avoir réorganisé ceux-ci, ou
du moins entre des Cours administratives régionales ?

il faudrait, bien entendu, organiser ces tribunaux en vue de ce rôle, mettre par exemple à leur tête un Président ayant appartenu au Conseil d'Etat, ayant par conséquent l'expérience des affaires contentieuses. Ce serait assez facile, semble-t-il, et ce Président aurait alors l'autorité voulue pour exercer le rôle délicat de juge des Référés.

Peut-être opposera-t-on que le rôle des référés administratifs serait particulièrement difficile ; que ses décisions auraient des conséquences plus graves que

celles du juge civil des Référés puisqu'il pourrait arrêter pendant un certain temps l'exécution d'un acte administratif nécessaire à la marche des services publics. Il y aurait donc danger à confier un pouvoir aussi considérable à un juge unique et ce serait aller contre le principe « agir est le fait d'un seul, délibérer est le fait de plusieurs » ; principe qui a justement amené en l'an VIII la création des Conseils de Préfecture. Nous répondrons que le Président du Conseil de Préfecture ou de la Cour régionale étant choisi parmi les membres du Conseil d'Etat, on aurait toute garantie que cette fonction ne serait pas exercée légèrement : sa décision ne serait d'ailleurs que provisoire et toujours susceptible d'appel.

Et puis ne voyons-nous pas qu'en Angleterre c'est un juge unique qui statue sur les questions administratives et qui prononce en vertu de la « common law » des condamnations contre les organismes administratifs. Pourquoi serait-ce plus grave en France si nous n'admettons plus l'intangibilité des prérogatives attribuées à l'administration française ?

En France il y a également une tendance très marquée à adopter le système du juge unique pour les tribunaux administratifs comme pour les tribunaux judiciaires. Le projet de réforme des Conseils de Préfecture déposé au nom du Gouvernement par M. Clémenceau en 1908 prévoyait que les attributions du Conseil de Préfecture seraient exercées par un juge unique (1) ; et l'exposé des motifs disait : « Les

(1) La proposition de M. Perreau-Pradier citée plus haut prévoit également un juge unique comme tribunal administratif départemental.

tendances judiciaires modernes s'accommodent aisément de cette application du principe de l'unité de juge et il n'y a pas d'inconvénient à l'appliquer aux tribunaux administratifs de département car le juge est recruté au concours et le recours au Conseil d'Etat est ouvert dans presque tous les cas. » Or s'il n'y a pas d'inconvénients pour les jugements sur le fond, pourquoi y en aurait-il pour les décisions sur référés ?

§ 2. — Un autre obstacle vient de la façon dont l'instance est liée dans les procès administratifs.

Il est nécessaire que l'administration active ait été saisie d'une réclamation sur laquelle elle ait pris une décision. C'est cette décision qui contiendra ses conclusions dans l'affaire. Le contentieux administratif doit être avant tout un contentieux contre un acte.

Il est vrai que la loi du 17 juillet 1900 a admis que si l'administration garde le silence pendant quatre mois, l'instance peut être engagée quand même ; mais elle spécifie bien que ce silence est interprété comme une décision de refus ; le procès s'engage sur une décision de refus. L'instance doit donc toujours être contradictoire : on n'admet pas que l'administration puisse être condamnée par défaut.

Comment peut-on songer dans ces conditions, à lier une instance contradictoire avec l'administration devant un juge des référés ? Là il faut aller vite : on ne peut attendre, pour aller devant le juge solliciter une mesure urgente, que la réclamation ait été étudiée par les bureaux. Il faudrait que le juge

puisse être saisi dès que la situation contentieuse est créée, sans attendre la décision préalable de l'administration, et qu'il statue sur de simples conclusions prises à l'audience.

Mais nous allons voir que cette réforme n'aurait actuellement rien de révolutionnaire parce que le principe de la liaison de l'instance par la décision préalable est déjà très atteint et en voie de disparaître.

Les réformes faites en 1900 dans la procédure administrative y ont apporté de notables amendements : 1° Le décret du 16 juillet 1900, articles 6 et 10, dit que les sections du contentieux peuvent fixer un délai au Ministre pour produire ses observations, et statuer si les observations ne sont pas venues dans le délai fixé. — 2° La loi du 17 juillet 1900 ne permet plus à l'administration d'éviter un procès en gardant le silence, puisque après quatre mois il est admis que son silence vaut un refus. Or cette décision de refus résultant d'un silence n'est qu'une fiction. : ce n'est pas sur ce refus supposé qu'en réalité le juge appréciera la situation prise par l'administration dans le procès : même lorsqu'elle a gardé le silence, l'administration est invitée par le juge à fournir ses observations et c'est sur ces observations que le juge statue, car ce sont là les véritables conclusions de l'administration dans le procès. Et si nous supposons qu'après avoir gardé le silence sur la réclamation préalable, l'administration le garde encore sur la demande d'observations « l'instance ne peut pas être contradictoire parce que des silences successifs ne sont pas des

conclusions et que pour rendre une instance contradictoire il faut cependant des conclusions (1) »

On voit donc que la réforme de 1900 a fait apparaître que l'administration ne prend vraiment position dans le procès qu'au moment où elle fournit ses conclusions devant le juge. Aussi M. Hauriou ajoute-t-il : « On en viendra très probablement, dans les matières de gestion, à pouvoir citer directement les administrations devant le juge administratif, comme dès maintenant on le peut dans les affaires de Travaux publics. Tout au plus subsisterait-il une démarche préalable analogue au dépôt du mémoire » (exigé pour certains procès de la compétence des tribunaux ordinaires).

Remarquons, dans le même sens, que dans le cas où un recours est introduit sans qu'aucune décision préalable ait été prise par l'administration, il n'est pas rejeté de ce fait (ce qui montre bien que ce n'est pas une question de recevabilité) ; des observations en réponse sont demandées au Ministre et si dans ses réponses le Ministre prend position, l'instance est liée, ses conclusions équivalant à une décision préalable. Le plaideur trouve donc toujours un contradicteur et cela suffit pour qu'il y ait débat contradictoire.

On voit par conséquent qu'on ne troublerait guère les pratiques administratives actuelles en décidant qu'on pourra dorénavant assigner l'administration

(1) Hauriou, *Les éléments du contentieux*, page 93.

d'urgence devant un juge des référés en faisant précéder cette assignation d'une simple démarche préalable du particulier demandeur, si cela est nécessaire pour permettre aux bureaux de se renseigner sur l'affaire avant l'audience.

Sans doute nous heurtons, encore ici, un autre principe, celui de la procédure essentiellement écrite, occulte, inquisitoriale qui est spéciale aux tribunaux administratifs. Mais nous dirons avec M. Jacquelin(1) : « Qu'on ne dise pas que la procédure écrite est bien vue comme sauvegarde contre les surprises et les arguments de la dernière heure. En réalité l'institution de la défense orale et de la publicité des débats a été vue comme une réforme libérale, un bienfait ». Nous ne doutons pas que l'opinion verrait également avec faveur que le débat devant le juge des référés administratifs fût strictement oral.

(1) Jacquelin. « Evolution de la procédure administrative », *Revue de droit public* 1903.

CHAPITRE IV

De quelques applications à prévoir du référé administratif

Logiquement le recours devant le juge des référés doit être ouvert toutes les fois qu'il se présente une affaire litigieuse urgente à régler, quelle que soit la nature juridique de cette question. Nous devons donc envisager son intervention dans le contentieux de l'annulation, celui de pleine juridiction, celui de l'interprétation et celui de la répression.

A) Dans le contentieux de l'annulation

Nous ne pouvons pas imaginer d'hypothèse où l'annulation d'une décision administrative, qui n'a pas encore reçu de commencement d'exécution pourrait se présenter comme urgente : c'est au moment où l'exécution va être commencée que le juge des référés peut intervenir.

Signalons pourtant à ce propos que M. Hauriou constatant que le recours pour excès de pouvoir semble tomber en décadence, parce que le Conseil

d'Etat a adopté la pratique d'annuler la décision exécutoire en même temps qu'elle accorde une indemnité pour les conséquences de son exécution, demande que des réformes soient faites à cette voie de recours. Le recours pour excès de pouvoir devrait avoir, à ses yeux, l'effet de suspendre l'exécution de la décision ; ce serait sa véritable fonction, et il devrait être jugé d'urgence dans un délai très bref. « Si ces réformes étaient faites, dit-il, le recours pour excès de pouvoir deviendrait une sorte de référé destiné à arrêter la procédure d'exécution » (1).

Nous ne pouvons que souhaiter une telle réforme : ce serait une garantie de plus pour les administrés. Mais elle ne pourrait dispenser d'une juridiction des référés que l'on puisse saisir en vue d'un sursis à l'exécution : 1° Dans les cas où l'administration procède à l'exécution de sa décision sans attendre qu'un recours en annulation ait eu le temps d'être formé (ce qui est assez rare aujourd'hui depuis l'arrêt Zimmerman, à cause des responsabilités encourues) ; 2° Même après l'expiration du délai de deux mois, imparti pour exercer le recours pour excès de pouvoir ; l'intervention du juge des référés n'étant pas, à raison de sa rapidité, susceptible d'amener un long retard dans l'exécution d'une décision administrative prise en toute équité, et pouvant en revanche arrêter un acte qui, par les préjudices qu'il cause

(1) Hauriou, *Traité de Droit administratif*, 9^e édition, p. 458 en note.

injustement, risquerait sans cela de coûter à l'administration de lourdes indemnités.

B) Dans le contentieux de pleine juridiction

Ici l'intérêt principal de la juridiction des référés serait la possibilité d'obtenir par une décision judiciaire le sursis à l'exécution de tout acte administratif : nous en avons parlé longuement déjà (voir page 104).

Le juge des référés interviendrait utilement à l'occasion de la démolition d'édifices menaçant ruine. La loi du 21 juin 1898 distingue suivant que le péril est, ou non, imminent. Dans le cas où il n'y a pas urgence, c'est le Conseil de Préfecture qui, sur rapports d'expert, ordonne soit la démolition de l'édifice, soit l'exécution des travaux nécessaires : il peut autoriser le maire à y faire procéder d'office, si l'exécution n'a pas été faite par le propriétaire dans le délai prescrit (1). S'il y a urgence, le Conseil de Préfecture n'intervient pas : c'est le maire qui, sur rapport d'un expert, dont il demande la nomination au juge de paix, ordonne, s'il y a lieu les mesures conservatoires à prendre et, au besoin, les faits exécuter d'office.

Remarquons qu'il ne peut décider le principal, c'est-à-dire la démolition, sans un jugement du Conseil de Préfecture.

Il semble que si la loi n'a pas fait intervenir le

(1) Nous voyons ici un acte administratif de police autorisé par le juge : c'est assez symptomatique du rôle que l'on tend à donner au Tribunal administratif.

Conseil de Préfecture dans le cas d'urgence, c'est parce qu'il n'y avait pas de juge des référés devant ce Tribunal : ces mesures conservatoires et urgentes devraient êtres prises par le Vice-Président du Conseil de Préfecture jugeant en référé et non par le maire de la commune (1).

Remarquons, en effet, que si le Maire n'a pas des pouvoirs aussi étendus que le Conseil de Préfecture puisqu'il ne peut faire démolir, ses pouvoirs sont cependant importants car il peut faire exécuter les travaux d'office et aux frais du propriétaire : une décision aussi grave devrait être prise par une autorité judiciaire.

— La nécessité de faire intervenir une sentence judiciaire apparaît aussi toutes les fois qu'il s'agit de sanctions prononcées contre des personnes qui sont engagées envers l'administration. C'est le cas par exemple pour les arrêtés de débet et les sanctions prises en matière de travaux publics contre les entrepreneurs ou concessionnaires. L'administration a le droit de prendre d'elle-même ces sanctions et d'en poursuivre l'exécution sans l'intervention d'aucun juge ; elle se fait justice elle-même. Historiquement cela est explicable. L'administration a eu autrefois, dans des époques troublées, besoin de frapper sévèrement et surtout de frapper vite. Aujourd'hui il

(1) Dans la discussion de la loi on a parlé, en effet, de faire intervenir une autorité judiciaire dans ce cas. Le tribunal civil fut écarté parce que son intervention était trop coûteuse et pas assez rapide ; celle du juge de paix parce qu'elle était par trop anormale en pareille nature et parce que juge unique.

semble possible de concilier le souci de frapper justement et celui de frapper rapidement en donnant à un juge des Référés le soin de prononcer les sanctions toutes les fois que l'urgence ne permet pas d'attendre que le Tribunal les prononce lui-même : l'administration y aurait intérêt pour éviter les indemnités qu'elle a à payer lorsqu'elle a frappé à tort.

1^o *Arrêtés de débet*. — Sous la Révolution toutes les questions contentieuses relatives à l'apurement des comptes des comptables furent d'abord soumises aux tribunaux civils. Mais comme ce système permettait aux comptables de mauvaise foi de retarder le paiement de leurs débets en multipliant les procédures dilatoires, une loi du 28 pluviôse an III, en vue de rendre le règlement des comptes plus prompt et plus efficace, décida que l'administration procéderait d'office, d'abord à la mise provisoire sous sequestre des biens du comptable, et trois mois après, si les comptes n'étaient pas rendus, à la saisie et à la vente de ces biens.

Le même système de recouvrement par contrainte administrative complété en l'an VIII, s'applique depuis lors à tout individu ayant eu le dépôt, la garde ou le maniement de deniers publics.

C'est le ministre des Finances qui prend l'arrêté de débet et il résout ainsi provisoirement des questions contentieuses, car souvent il y a une contestation entre le débiteur et l'Etat qui sera déférée ultérieurement à un Tribunal.

On voit quel intérêt il y aurait à ce qu'un juge pût

être saisi des questions urgentes et provisoires qui se présentent, nommer le sequestre, autoriser la saisie et la vente des biens et régler les incidents nés à l'occasion de ces mesures d'exécution.

2^e Sanctions prises d'office par l'administration contre les entrepreneurs des travaux publics. — Quand il s'agit de marchés, en vue de travaux, conclus entre particuliers, le Code civil (art. 1787 et suiv., art. 1184, 1144) prévoit, qu'en cas d'inexécution des conditions du marché, des sanctions peuvent être prises telles que : exécution par le créancier aux frais du débiteur, résiliation, indemnités. Ces sanctions sont prononcées par le juge.

Quand l'entrepreneur traite avec l'administration, il est placé dans une situation plus mauvaise, que l'on appelle « sujétion » et qui est, en effet, la situation d'un sujet vis-à-vis d'un souverain. L'administration jouit, en effet, en cette matière de nombreuses prérogatives dont la plus exorbitante est celle de prononcer elle-même les sanctions prévues, sans intervention des tribunaux. Ceux-ci, les tribunaux administratifs, n'interviennent qu'après coup, lorsque l'intéressé réclame contre les mesures prises, et déterminent le montant des indemnités à payer si l'administration a agi à tort.

La raison que l'on a donné de cette anomalie a toujours été que l'intérêt de la bonne marche des services publics ne souffre pas que l'administration ait à supporter les longs délais que nécessite l'action de la justice : les services publics ne peuvent pas attendre. Cette solution est, en effet, nécessaire dans l'organisa-

tion actuelle des Tribunaux administratifs, parce que l'on n'a pas prévu de procédure pour les cas urgents. Mais si un arrêté pouvait être pris sans délai par le Président du Conseil de Préfecture ou par le Conseil lui-même jugeant en état de référé, rien n'empêcherait plus que l'on rende aux entrepreneurs les garanties de droit commun.

Bien entendu le jugement sur référé ne pourrait statuer que sur les questions provisoires, laissant le litige intact quant au fond. Mais remarquons que dans les sanctions prises en cas d'inexécution des conditions, il y a justement deux stades : les sanctions provisoires et les sanctions définitives.

1^o Après une mise en demeure par le Préfet, celui-ci prononce une mise en régie provisoire et fait faire un inventaire du matériel de l'entreprise (s'il est soucieux de la responsabilité que l'administration peut encourir).

2^o Le Ministre à qui il a été rendu compte de ces opérations provisoires, ou bien, selon les circonstances, ordonne une nouvelle adjudication, ou prononce la résiliation du marché, ou prescrit la continuation de la régie.

Les premières mesures devraient être décidées par un juge des référés : ce serait conforme aux garanties de droit commun données aux entrepreneurs et mettrait aussi l'administration à l'abri des risques encourus. C'est lui qui devrait prescrire l'inventaire du matériel, préalable à la mise en régie. Cet inventaire peut actuellement n'être pas fait ; il n'est pas obligatoire ; et même lorsqu'il est prescrit il peut n'être pas opéré en présence de l'entrepreneur inté-

ressé : or il est admis que l'absence d'inventaire aggraverait la responsabilité de l'administration dans le cas où la mise en régie viendrait à être reconnue mal fondée (1); d'autre part si l'inventaire n'a pas été contradictoire il n'a qu'une force probante relative.

Au contraire si cette mesure était prescrite par un juge, on peut présumer qu'elle le serait régulièrement, car le juge n'aurait pas la tentation à laquelle cède l'administrateur de négliger des formalités pour aller vite sans s'inquiéter des conséquences de sa précipitation. Le juge, lui, réfléchit aux conséquences juridiques de sa décision et comme ce serait un juge administratif, il tiendrait compte des risques courus par l'administration. Ajoutons que l'expert désigné par lui pour faire l'inventaire aurait une autorité plus grande qu'une personne déléguée par l'administration.

Son intervention serait à désirer également pour toutes les mesures à prendre en vue de réparation des malfaçons, soit pour faire constater la défectuosité des ouvrages, soit pour ordonner leur démolition; car lorsque ces mesures sont prises indument par l'administration celle-ci en supporte les conséquences pécuniaires (C. E. 26 déc. 1896) (2).

(1) C. E., 12 janvier 1877. Lebon. p. 57. — 4 avril 1879, Lebon. p. 299.

(2) Il va sans dire que dans le cas (que nous avons exposé en appendice à la première partie) où le sous-préfet décide en matière de contributions directes comme un véritable juge, compétence devait être donnée au juge administratif des référés.

C) Dans le contentieux de l'interprétation.

Quand il y a lieu d'interpréter une décision administrative l'autorité compétente pour en fixer le sens est soit l'auteur de la décision soit un tribunal administratif, le Conseil d'Etat. Il y a tendance à confier ce soin à une autorité juridictionnelle parce que c'est elle qui a le plus de chance d'être impartiale. L'auteur de l'acte sait naturellement mieux que personne ce qu'il a voulu décider mais il peut être tenté à l'occasion de la demande d'interprétation, de refaire son acte dans un autre sens et de léser ainsi des intérêts légitimes.

D'autre part si en principe le recours en interprétation ne peut être formé qu'à propos d'un litige né et actuel, il y a une tendance très nette à permettre ce recours pour une simple difficulté administrative actuellement pendante. Donc la décision interprétative tend à être purement juridictionnelle et à pouvoir être mise en jeu toutes les fois qu'il y a une simple difficulté.

Joignons à ces deux symptômes, la tendance également très marquée de l'administration active à renoncer à prononcer elle-même les sanctions prévues dans les cahiers des charges de concessions, ou les modifications prévues aux conditions de la concession, préférant faire prendre la décision par le Conseil de Préfecture par le moyen détourné du recours en interprétation (1).

(1) On voit déjà des cahiers des charges prévoir que les sanctions seront prononcées par le Conseil de Préfecture (C. E. 25 nov. 1910, Tricoche).

Nous voyons donc une nouvelle extension, qui se dessine, du rôle de la juridiction administrative : elle aura à prononcer les sanctions prévues dans les cahiers des charges et aussi des sanctions imprévues au contrat en appliquant celles qui sont édictées par le Code civil (1).

Dans l'application de ces sanctions des questions provisoires et urgentes peuvent se présenter qu'il faut régler sans retard, par exemple la mise sous séquestre (équivalente à la mise en régie pour les travaux par entreprise) : actuellement elles ne peuvent être tranchées que par l'administration.

Mais il est illogique qu'une partie de la procédure, les mesures urgentes, soient réglées par l'administration, alors que l'autre est de la compétence du Conseil de Préfecture. De là l'utilité d'une procédure de référés qui permette à un juge de prendre toutes les mesures provisoires en attendant que le Conseil de Préfecture puisse statuer au fond.

D) Dans le contentieux de la répression.

Lorsqu'un particulier commet une contravention de grande voirie, les mesures à prendre par l'administration sont urgentes ou non, suivant la nature des actes commis.

Si l'acte est de nature à compromettre la sécurité

(1) C. E. Deplanque, 31 mai 1907, S., 1907, 3, 113.

ou la circulation publique (on a fait une excavation, dressé une barrière), il appartient à l'administration, préfet ou maire, qui a la garde du domaine public, de prendre d'office les mesures nécessaires. (C. E. 17 juin 1881, D. 82, 3, 113). Au contraire si la contravention n'intéresse ni la circulation, ni la sécurité ni la conservation immédiate de la voie publique, l'administration n'a pas le droit de prendre les mesures d'office : elle ne peut que dresser procès-verbal pour y être statué ce qu'il appartiendra par le juge répressif compétent (Conseil de Préfecture ou Tribunal de simple police, C. E. 1^{er} février 1884. D. 85, 3, 108).

De même que, dans ce dernier cas, il appartient à un tribunal administratif, le Conseil de Préfecture, d'ordonner les réparations nécessaires, de même dans la première hypothèse il devrait être possible au contrevenant, s'il conteste le bien fondé des mesures prises d'urgence par l'administration, de saisir un juge des référés pour faire statuer par lui contradictoirement sur la nature des actes commis à l'encontre de la voie publique et sur la nécessité de les réprimer d'urgence.

Ce ne sont là que des exemples de cas dans lesquels nous estimons que l'intervention d'un juge des référés serait utile, soit que nous y voyons une garantie de plus pour les administrés soit que nous sentions que ce serait la conséquence logique de l'évolution du rôle attribué maintenant aux tribunaux administratifs. Nous ne pouvons donner

que des exemples. Une énumération complète serait impossible : le domaine de la compétence des tribunaux administratifs est infini; tous les jours il s'agrandit et empiète de plus en plus sur celui des tribunaux ordinaires. C'est un des résultats du changement qui s'est fait dans les idées sur le rôle que doit jouer la Puissance publique dans l'Etat; elle tend de plus en plus à pénétrer dans le commerce juridique ordinaire en multipliant les services publics.

Au fur et à mesure que l'activité de l'administration pénétrera dans des domaines, où s'exerçait seule jusqu'ici celle des particuliers, seront posés de plus en plus nombreux devant les tribunaux administratifs des problèmes juridiques nouveaux et l'administration aura moins de raisons de conserver ses prérogatives. Certains procès nécessiteront des solutions provisoires urgentes, parce que la nature de ces litiges le comportera, quelle que soit la juridiction compétente. Et actuellement l'organisation et la procédure des tribunaux administratifs ne sont pas en mesure de donner satisfaction à ces besoins nouveaux.

Il faudra donc faire quelque chose : ou bien organiser une juridiction administrative des référés ou bien donner pleine compétence au juge civil des référés (1).

Il semble actuellement impossible d'adopter ce

(1) Remarquons qu'en matière commerciale où la procédure des référés n'existait pas jusqu'ici, un projet de loi voté à la Chambre

deuxième moyen tant que subsiste le principe de la séparation des pouvoirs. En revanche nous avons vu qu'aucun obstacle très sérieux ne s'oppose à ce que l'on donne à un juge administratif départemental ou régional des pouvoirs étendus pour résoudre les questions urgentes.

— La réforme pourrait-elle être faite tout de suite ?

Il s'agit d'augmenter les garanties données aux particuliers contre les abus de pouvoir de l'administration en faisant intervenir une décision judiciaire dans des cas où l'administration procède d'office, en vertu de son pouvoir de coercition. Nous désirons que cela se fasse le plus tôt possible.

Mais nous sommes obligés de convenir que dans la période troublée, pleine d'inconnus quant à l'avenir politique de la nation, que nous traversons, il ne serait peut être pas opportun actuellement de diminuer la force du pouvoir central en lui enlevant la possibilité de réaliser immédiatement ses décisions, même si elles risquent de lèsér de graves intérêts par-

des députés, le 26 février 1919, a donné pouvoir au Président du Tribunal de Commerce de statuer sur référé dans tous les cas d'urgence. Le même projet de loi donne au juge civil des pouvoirs plus étendus et lui permet même de statuer sur le fond lorsque les deux parties le lui demandent, à condition que celles-ci soient capables de transiger et que la matière soit susceptible de transaction.

Il y a donc une tendance très marquée à généraliser ce mode de jugement des litiges.

ticuliers. Ceux-ci sont encore en état de « mobilisation » ; ils doivent céder au commandement de ceux qui ont la responsabilité des destinées du pays.

C'est le moment de nous rappeler la parole d'Aristote : « Ουδε τοδ ικαλον Πολεως φθαρτικον » (Polit. III, VI, 1). Le droit ne peut être un élément destructeur de l'Etat ».

Mais lorsque les conditions de la vie politique seront devenues plus stables, il est impossible que l'on ne fasse pas tous les efforts pour établir, à l'intérieur de l'Etat, comme dans les rapports entre nations, le règne du Droit pour l'avènement duquel la France a fait tant de sacrifices.

Le Président de la Thèse,

M. BERTHÉLEMY.

Vu : le Doyen,

F. LARNAUDE.

vu et permis d'imprimer :

Paris, le 23 avril 1919.

Pour le Vice Recteur de l'Académie de Paris,

ISTRIA,

Inspecteur de l'Académie.

BIBLIOGRAPHIE

I. — Sur les questions de procédure civile et administrative

AUCOC. — *Droit administratif.*

BAZOT. — *Des ordonnances sur requête et des ordonnances de référé.*

BÉQUET-LAFERRIÈRE. — *Répertoire.* V^o « Contentieux administratif » et v^o « Travaux publics ».

BERTIN. — *Les ordonnances sur référé.*

— Divers articles du journal *Le Droit* : 1^o n^o du 23, 24 mars 1857; 2^o n^o du 12 juin 1857; 3^o n^o des 25, 26 mars 1867; 4^o du 4 mai 1877.

BOITARD et GLASSON. — *Leçons de procédure civile.*

DE BLOCK. — *De la juridiction des référés.*

BONJEAN. — *Traité des ordonnances sur requête et sur référé.*

BRÉMOND. — « Examen critique de la loi du 22 juillet 1889 ». *Revue d'administration*, 1890.

BRUNTZ. — *L'examen à futur.* Thèse, 1906.

CHAUVEAU. — *Lois de la procédure*, tome VI.

CHAUVEAU et TAMBOUR. — *Code d'instruction administrative.*

COMBARIEU. — « Etude historique sur la procédure

- des juridictions administratives et des Conseils de Préfecture ». *Revue d'administration*, 1889.
- COURIVAUD. — *Des référés. Principes de compétence et de procédure*. Thèse, 1900.
- DARNAUD. — *La juridiction des référés*, 1874.
- DOUSSAUD. — *Procédure des Conseils de Préfecture*.
- DUFOUR. — *Le recouvrement du droit des pauvres*. Thèse, 1913.
- DURIEU. — *Poursuites en matière de Contributions directes*.
- GARNIER et DAUVERT. — *Recueil périodique de la jurisprudence des Conseils de Préfecture*.
- GARSONNET et CÉSAR-BRU. — *Traité théorique et pratique de procédure civile*.
- GLASSON. — *Etude historique sur « la clameur de haro »*, 1882.
- GLASSON et COLMET-DAAGE. — *Précis théorique et pratique de procédure civile*.
- GUERMEUR. — *De la procédure devant les Conseils de Préfecture*.
- LENOTTE. — *Des expertises devant les Conseils de Préfecture*. Thèse, 1905.
- LESCUYER. — « Du référé en matière administrative ». Article de *La France judiciaire*, 1884, tome IX.
- MOREAU. — *De la juridiction des référés*.
- REVERCHON. — « Examen doctrinal de la jurisprudence administrative ». *Revue critique*, 1875.
- TEISSIER et CHAPSAL. — *Traité de la procédure devant les Conseils de Préfecture*.
- TEISSIER et DARRAS. — *Code de procédure annoté*.
- THIERCELIN. — *Revue pratique de Droit*. Divers articles. Tomes III et IV.

X... — *Procédure à suivre devant les Conseils de Préfecture*, par un Conseiller de Préfecture, Plon, 1890.

II. — Sur les questions générales de droit public et administratif

ARTUR. — *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions.*

BARTHÉLÉMY. — « De la liberté du gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'application ». *Revue de droit public*, 1907.

— « De l'obligation de faire en droit public ». *Revue de droit public*, 1912.

BERTHÉLEMY. — *Traité élém. de droit administratif.*

— « Exercice de la souveraineté par l'autorité administrative ». *Revue de droit public*, 1904.

BERTON. — « La réforme des Conseils de Préfecture ». *Revue générale d'administration*, 1910.

BLUZET. — « Justice administrative. A propos de la réforme des Conseils de Préfecture ». *Revue politique et parlementaire*, 1899.

DARESTE. — *La justice administrative.*

DICEY. — *Introduction à l'Etude du droit constitutionnel.* Traduction française.

DUGUIT. — *Manuel de droit constitutionnel.*

— *L'Etat : Le droit objectif et la loi positive.* — *Les gouvernants et les agents.*

— *Des moyens de contraindre les administrateurs à se conformer aux décisions des juridictions administratives.* (Rapport au XVII^e Congrès de la propriété bâtie, 1913).

- HAURIUO. — *Les éléments du contentieux. Recueil de législation de Toulouse*, 1905 et 1907.
- *Précis de droit administratif*.
- *Principes de droit public*.
- Notes sous divers arrêts dans le « Sirey ».
- HAURIUO et DE BEZIN. — « La déclaration de volonté dans le droit administratif français ». *Revue trimestrielle de droit civil*, 1903.
- HAURIUO et MESTRE. — *Les idées de M. Duguit. Recueil de législation de Toulouse*, 1911.
- JACQUELIN. — *Principes dominants du contentieux administratif*.
- *La juridiction admin. dans le dr. constitutionnel*.
- « Evolution de la procédure administrative ». *Revue de droit public*, 1903.
- JÈZE. — *Principes généraux du droit administratif*.
- *Traité de législation financière*.
- « Rapport sur la réforme des Conseils de Préfecture ». *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1910.
- LABAYLE. — *La décision préalable condition de formation du contentieux administratif*, 1907.
- LAFERRIÈRE. — *Traité de la juridiction administrative*, 1^{re} et 2^e édition.
- LE ROLLAND. — « La réforme des Conseils de Préfecture ». *Revue de droit public*, 1909, t. XXVI.
- Maxime LEROY. — *La transformation de la puissance publique*.
- MESTRE. — *De l'autorité compétente pour déclarer l'Etat débiteur*. Thèse, 1899.
- MICHOUD. — « Réforme des Conseils de Préfecture ». *Revue politique et parlementaire*, 1897.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	5
--------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

Œuvre de la loi et de la jurisprudence en matière de procédure administrative d'urgence

CHAPITRE PREMIER. — Avant 1870. — Situation embarrassante provenant de ce qu'aucun juge, soit civil, soit administratif, n'était compétent pour prendre des mesures urgentes. — Le Préfet juge des référés.	9
CHAPITRE II. — De 1870 à 1889. — En 1873 le Conseil d'Etat reconnaît au Conseil de Préfecture le droit de prescrire des constats urgents. Explications de ce revirement de jurisprudence.....	17
1 ^{er} Caractère nouveau de la juridiction administrative	17
2 ^e Le projet de loi de 1870 sur la Procédure devant les Conseils de Préfecture.....	17
Avantages de ce système sur le précédent. Ses défauts.....	17
CHAPITRE III. — La procédure des constats urgents organisée par la loi du 22 juillet 1889	30
A) <i>Autorité qui exerce ce pouvoir de juridiction.</i>	31

B) <i>Règles qui limitent les pouvoirs attribués au Président du Conseil de Préfecture.....</i>	32
Règles applicables à tout juge des référés :	
1° L'urgence.....	33
2° « Ne porter aucune atteinte au principal »	35
Règles spéciales :	
3° Nécessité de l'éventualité d'un litige....	35
4° Ce litige doit être de la compétence d'un Conseil de Préfecture.....	36
5° Il ne peut ordonner qu'un constat lequel ne doit pas avoir le caractère d'une expertise.....	37
C) <i>Procédure. — Introduction de la demande.</i>	
Nomination de l'expert. Serment de l'expert.	
Avis au défendeur éventuel. Le procès-verbal de constat. Frais du constat.....	44
D) <i>Voies de recours.....</i>	53
1° L'opposition.....	54
2° L'appel.....	55
CHAPITRE IV. — Critique de la réforme faite en 1889.	
Ses caractères généraux.....	70
En 1889, on ne pouvait faire davantage	70
Peut-on dire que la loi de 1889 a créé une véritable juridiction des référés ? Comparaison avec le référé civil — avec les ordonnances sur requête.	78
APPENDICE. — Un cas de justice retenue. Le sous- préfet juge des référés en matière de contribu- tions directes.....	85

DEUXIÈME PARTIE

De la nécessité de l'organisation d'une procédure des référés devant les tribunaux administratifs

CHAPITRE PREMIER. — Est-il utile que la procédure administrative fasse cet emprunt à la procédure civile?.....	87
Arguments invoqués pour le nier : en matière administrative le référé n'est pas nécessaire ; — la procédure administrative ordinaire a la prétention d'être essentiellement rapide ; — il est impossible de transporter en matière administrative la procédure des référés civils.....	89
Réponse : est-il vrai que le souci d'aller vite soit prédominant dans l'organisation de la procédure administrative? C'est plutôt celui d'assurer en justice à l'administration une situation privilégiée. Devrons-nous, pour cette raison, craindre que l'institution des référés administratifs soit dangereuse pour les administrés? Non, car en fait la justice administrative est impartiale.....	89
CHAPITRE II. — Obstacles théoriques qui s'opposeraient à un progrès dans ce sens.....	97
A) <i>Objection tirée de la limite normale des pouvoirs du juge des référés.....</i>	97
B) <i>Les prérogatives de l'administration.....</i>	99
1° Le privilège d'action d'office et d'exécution préalable ; les abus possibles ; les palliatifs ordinaires	99
2° Le privilège de l'indépendance de l'administration vis à vis du juge.....	105

C) <i>Comment ces prérogatives sont attaquées dans la doctrine et déjà amoindries par la jurisprudence</i>	107
1° Critique par la doctrine.....	107
a) Du privilège d'exécution préalable.....	107
b) De l'indépendance de l'administration vis à vis du juge.....	114
2° Atténuations apportées par la jurisprudence administrative à ces mêmes prérogatives.....	117
CHAPITRE III. — Obstacles pratiques	124
1° Il faudrait que le juge des référés fut auprès du tribunal de droit commun et le plus près possible des administrés. L'inconvénient du juge unique..	125
2° Difficultés pour la liaison de l'instance.....	129
CHAPITRE IV. — De quelques applications à prévoir du référé administratif	133
A) <i>Dans le contentieux de l'annulation</i>	133
B) <i>Dans le contentieux de pleine juridiction</i> ..	135
Démolition des édifices menaçant ruine; arrêtés de débet; sanctions contre les entrepreneurs de travaux publics.....	138
C) <i>Dans le contentieux de l'interprétation</i>	141
D) <i>Dans le contentieux de la répression</i>	142
Ce ne sont que des exemples : les cas se multiplieraient par suite de l'accroissement continu de la compétence de la juridiction administrative.....	143
Mais il faudra peut-être attendre des temps moins troublés pour réaliser la réforme.....	143
BIBLIOGRAPHIE.....	147

